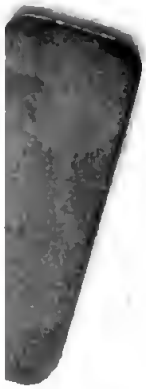
J. rom. m.
1461. 8c

J. rom. m.

461 dc

Schmidt



Das

Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor.

Das Pflichttheilsrecht

des

Patronus und des Parens Manumissor.

Eine rechtsgeschichtliche Abhandlung

von

Karl
Dr. Adolf Schmidt,

Großh. Badischem Hofrathe und ordentlichem Professor des Rechts zu Freiburg i. B.,
Ritter erster Klasse des Ordens vom Zähringer Löwen.

Heidelberg.
Verlag von Bangel & Schmitt.
1868.

124-139.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

I.

Das Pflichttheilsrecht des Patrons in seiner geschichtlichen Entfaltung.

Der Sklav eines civis Romanus wurde durch Freilassung von Seiten seines Herrn seit alten Zeiten selber civis Romanus. Daraus folgte an sich einfach der Antheil des Freigelassenen an der Gesammtheit des civile ius. Dennoch begreift es sich, daß man von Anfang an nicht geneigt sein konnte, diese Konsequenz ohne Einschränkung gelten zu lassen. Einmal nämlich wäre die Einräumung der gesammten politischen Rechte an Menschen, welche, unmittelbar vorher noch Sachen, zumeist mindestens ohne Neigung für das römische Staatswesen herangewachsen waren, nicht frei gewesen von politischer Gefahr. Sodann lag es in der Natur der Dinge begründet, daß Sitte und Recht die Anforderung stellten, es solle der Freigelassene den Erzeuger seiner Rechtspersönlichkeit, seinen früheren Herrn, sei derselbe Mann oder Weib, ähnlich wie einen Vater (patronus, patrona)[1] verehren, in ähnlichem Abhängigkeitsver-

1) Die Römer sahen in dem Patronat offenbar ein der agnatischen Verwandtschaft nachgebildetes Verhältnis. Noch Justinian bezeichnet die Freilasser als *συγγενεῖς τῶν ἐλευθερουμένων* (C. 4 § 14 de bonis libertorum; vergl. Vangerow, über die Latini Juniani p. 131) und der Grad dieser nachgebildeten Verwandtschaft ist in dem Namen patronus deutlich genug ausgesprochen. Aber immerhin ist diese selbst eine sehr unvollkommene, weil sie der Gegenseitigkeit fast ganz ermangelt.

hältnis zu ihm ſtehen, ihm zur Dankbarkeit, wie im Leben ſo im Sterben, geradezu rechtlich verpflichtet ſein.

Dieſer zweite, der privatrechtliche Geſichtspunkt tritt, wie in anderen Dingen, ſo beſonders im Erbrecht hervor.

I. Bei der Beerbung eines ohne Teſtament verſtorbenen Freigeborenen hatten die Zwölftafeln nur ein einziges Moment zu berückſichtigen, des Verſtorbenen civilen Familienverband, der ſich in den bekannten drei Klaſſen geltend macht: sui heredes — proximi agnati — gentiles. Dagegen bei dem Freigelaſſenen trat zu dieſem als ein zweiter Succeſſionsgrund und an zweiter Stelle die Rückſicht auf den Patron hinzu: und es erwies ſich das als um ſo leichter ausführbar, weil hier die zweite Klaſſe der Erben des Freigeborenen von ſelber wegfiel. Dem entſprechend geſtaltete ſich dieſes Inteſtaterbrecht nach Vorſchrift der Zwölftafeln folgendermaßen:

Erſte Klaſſe: sui heredes.

Zweite Klaſſe: patronus, patrona.

Dritte Klaſſe: gentiles.

Die dritte Klaſſe erſcheint deshalb als vollkommen natürlich, weil der Freigelaſſene das nomen ſeines Freilaſſers erhielt und in die gens deſſelben eintrat[2]: es ſind alſo die gentiles des Freigelaſſenen und die des patronus identiſch.[3]

---

2) Vergl. Becker, Handbuch der römiſchen Alterthümer, II, p. 78.

3) Nicht verwundern darf, daß Gaius III, 40 und Ulpianus tit. XXVII bei der Darſtellung der Beerbung der Freigelaſſenen der gentiles nicht gedenken. Beide haben nämlich ſchon bei Gelegenheit des Erbrechts der Freigeborenen ausgeſprochen, daß das Gentilerbrecht keine praktiſche Bedeutung mehr habe: Gaius III, 17; Collatio legum mosaicarum XVI, 4, 2. — Ein Wort über die viel

Uns intereſſirt hier vorzugsweiſe die zweite Klaſſe, Diejenigen umfaſſend, als deren Freigelaſſener der Verſtorbene betrachtet wird: patronus, patrona, worin die liberi patroni mitenthalten ſind.[4] Die letzteren ſind natürlich die liberi im civilen Sinne d. h. die sui des Patrons und ſeine weitere agnatiſche Deſcen-

beſprochene Stelle Cicero de oratore I, 39 wird geſtattet ſein. Dieſelbe lautet: „Quid? qua de re inter Marcellos et Claudios patricios centumviri iudicarunt, quum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii eiusdem hominis hereditatem gente ad se rediisse dicerent: nonne in ea causa fuit oratoribus de toto stirpis ac gentilitatis iure dicendum?“ *a*) Aehnlich wie andere, z. B. die Aelia, umfaßte die gens Claudia mehrere Familienabtheilungen; die eine patriziſche, hier vorzugsweiſe Claudia genannt, führte das cognomen Pulcher, die andere plebejiſche das cognomen Marcellus (Asconius in Scaurianam p. 25 Orell.). *b*) Jede Abtheilung der gens, welche ein beſonderes cognomen führt, heißt stirps (Sigonius ad Livium, IV, 1 § 2). *c*) In dem vorliegenden Fall handelt es ſich um die hereditas des Sohnes eines von einem Marcellus frei Gelaſſenen. *d*) Dabei kann keine andere Klaſſe in Frage ſein als die der gentiles; denn weder die Claudier noch die Marceller ſind Agnaten des Verſtorbenen. *e*) In dieſer Klaſſe wollen die Marceller allein erben, die Claudier wollen miterben [wenn umgekehrt die Claudier den Anſpruch erhoben hätten, in ihrer Eigenſchaft als Patrizier die allein Erbberechtigten zu ſein, ſo hatten ſich die Marceller zur Geltendmachung ihres Miterbrechts nicht, wie ſie gethan, auf die ihnen ausſchließlich zuſtehende stirps, ſondern auf die ihnen mit den Claudiern gemeinſchaftliche gens zu berufen]. *f*) Demnach behaupten die Claudier, das einzige entſcheidende Moment liege im nomen gentilitium; dagegen ſtellen die Marceller den Satz auf, die durch das beſondere cognomen zuſammengehaltene stirps habe in Bezug auf die ihr Angehörigen eine bevorzugte Stellung innerhalb der gens zu beanſpruchen. Die Marceller verlangen alſo, daß die Jurisprudenz eine Unterſcheidung anerkenne, welche zwar in dem Geſetz nicht ausgeſprochen, aber in der Billigkeit begründet war: und es iſt das dem nur Grundlinien ziehenden Zwölftafelgeſetz gegenüber keineswegs ein unerhörtes Anverlangen, wie die Anwendung der Voconiana ratio auf das Inteſtaterbrecht der Frauen, das Erfordernis der bona fides und des iustus titulus bei der usucapio und Anderes mehr beweiſt.

4) Schon in den Zwölftafeln umfaßte der Ausdruck patronus auch die liberi patroni (Vat. fragm. 308; vergl. Fr. 1 p. de

denz[5]: woraus von ſelber folgt, daß liberi patronae gar nicht vorkommen können. Dabei gelten im Allgemeinen diejenigen Grundſätze, welche ſich für die zweite Klaſſe der legitima hereditas des Freigeborenen entwickelt haben, auch hier in ihrem ganzen Umfang.

Daher hebt capitis deminutio entweder des Patrons oder des Freigelaſſenen die Erbfolge auf;[6]
daher gibt Gradesnähe unbedingt den Vorzug;[7]
daher theilen die zugleich Berufenen ſtets nach Köpfen;[8]
daher gilt auch hier der Satz in legitimis hereditatibus successio non est.[9]

Endlich verdient der Umſtand noch beſondere Hervorhebung, daß, da die liberta keine sui heredes haben kann, ihr nächſter Inteſtaterbe ſtets der Patron iſt.

Ein Notherbrecht des Patrons war nur an zweiter Stelle denkbar; denn die ab intestato vor ihm berufenen sui heredes haben natürlich auch hier den Vorzug. Die Zwölftafeln kennen

---

assignandis libertis; Fr. 30 § 5 qui et a quibus manumissi). Es iſt daher, wie auch Andere annehmen, wahrſcheinlich, daß auch hier im Geſetz ausdrücklich nur der patronus genannt war.

5) Gaius III, 58; vergl. §. 11 I. de hereditatibus, quae ab intestato; Fr. 6 § 1 de bonorum possessionibus. Schmidt, das formelle Recht der Notherben, p. 72.

6) Gaius III, 51; Ulpianus XXVII, 5; § 2 I. de senatusconsulto Orphitiano; Fr. 2 § 2 de bonis libertorum.

7) Ulpianus XXVII, 2. 3.

8) Ulpianus XXVII, 4; vergl. Fr. 23, § 1. 2 de bonis libertorum.

9) Vergl. § 7 I. de legitima agnatorum successione und C. 4 § 20 de bonis libertorum.

überhaupt kein Notherbrecht,[10] mithin auch keines des Patrons.[11] Als ſich durch Jurisprudenz und Praxis das formelle Notherbrecht der sui heredes entwickelte, konnte an die Ausdehnung dieſes Rechts auf den Patron nicht füglich gedacht werden; denn die darin liegende Anforderung, es ſolle der Freigelaſſene in ſeinem Teſtament ein Urtheil über den Patron ausſprechen, entweder ihn ehrend durch Erbeseinſetzung oder ihn verurtheilend durch Enterbung,[12] würde geradezu als eine Umkehrung des natürlichen Verhältniſſes erſchienen ſein.

Aber auch als in ſpäterer Zeit das Pflichttheilsrecht der Verwandten zur Entſtehung kam, beſtand für ein ſolches des Patrons kein dringendes Bedürfnis. Alle Freigelaſſene nämlich, männliche wie weibliche, wurden damals noch in der ſtrengſten Zucht, in der Furcht des Patrons gehalten[13] und es war dabei ein häufiges Vorkommnis, daß derſelbe den Freigelaſſenen nöthigte, neben den herkömmlich zu gelobenden operae, dona et munera die härteſten Strafen für den Fall des Undanks durch bindenden Vertrag zu verſprechen; die letzteren nicht ſowohl mit der Beſtimmung eingeklagt zu werden, als vielmehr um den Freigelaſſenen in ſteter Unter-

---

10) In älterer wie in neuerer Zeit haben ſich einzelne Stimmen dafür erklärt, daß ſchon zur Zeit der Zwölftafeln oder gar zur Königszeit ein Notherbrecht beſtanden habe. Dieſe Annahme widerſpricht einem klaren Quellenzeugnis (Fr. 120 de verborum significatione) und zwar, wie ich glaube, ohne einen in der Sache ſelbſt liegenden, zwingenden Grund.

11) Das wird uns ausdrücklich bezeugt: Gaius III, 40; Ulpianus XXIX, 1; Juſtinian in C. 4 § 15 de bonis libertorum.

12) Vergl. Schmidt, das formelle Recht der Notherben, p. 18. 19.

13) Cicero, ad Quintum fratrem I, 1, 4. Valerius Maximus VI, 1, 4.

thänigkeit zu halten: onerare libertatem iſt dafür der techniſche Ausdruck.[14] Bei den weiblichen Freigelaſſenen kam dazu noch ein anderer, zu Gunſten des patronus (nicht auch der patrona) ganz entſcheidender Umſtand: weil jene in der legitima tutela patroni ſtanden, ſo konnten ſie ohne die auctoritas patroni gar nicht teſtiren, alſo auch nur mit ſeiner Zuſtimmung ihn übergehen.[15]

Unter ſolchen Verhältniſſen hatte der Patron nicht zu beſorgen, daß er in dem Teſtament ſeines Freigelaſſenen nicht ſo werde bedacht werden, wie ſich gebührt.

---

14) *a*) Den Begriff definirt Ulpian in Fr. 1 § 5 quarum rerum actio non datur [oſierandae autem libertatis causa facta bellissime ita definiuntur, quae ita imponuntur, ut, si libertus patronum offenderit, petantur ab eo, semperque sit metu exactionis ei subiectus, propter quem metum quodvis sustineat patrono praecipiente] und Paulus in Fr. 2 § 2 eod. tit. [Toties ergo onerandae libertatis causa pecunia videtur promitti, quoties sua sponte dominus manumisit et propterea velit libertum pecuniam promittere, ut non exigat eam, sed ut libertus eum timeat et obtemperet ei]. Vergl. Fr. 1 p. de bonis libertorum. *b*) Das Verſprechen muß abgegeben ſein unter dem Eindruck der Furcht vor dem ehemaligen Herrn und jetzigen Patron: daher fällt unter das onerare libertatem in der Regel lediglich das derartige, unmittelbar bei der Freilaſſung gegebene Verſprechen, das ſpätere aber nur dann, wenn die beſonderen Umſtände des Falls das Daſein einer ſolchen Furcht annehmen laſſen (causa cognita): Fr. 1 § 6 quarum rerum. *c*) Beiſpiele von unmittelbar bei der Freilaſſung gegebenen Verſprechungen, welche dieſen Charakter nicht haben: Fr. 1 § 4. Fr. 2 § 2 quarum rerum. *d*) Unter den Begriff fällt namentlich die stipulatio poenae unter der Bedingung si libertus patronum offendat: Fr. 1 § 5. 6 quarum rerum; Basil. 51, 6, 1. Natürlich kann aber ein onerare libertatem auch in einem ganz anderen Geſchäft verborgen ſein, vergl. z. B. C. 4 de operis.

15) Gaius III, 43; Ulpianus XXIX, 2; cfr. Gaius I, 165; tit. I. de legitima patronorum tutela; Fr. 1 § 1 de legitima tutela.

II. Dieſer Stand der Dinge änderte ſich zuerſt durch das prätoriſche Edikt.

Auf dem Gebiete des Inteſtaterbrechts nahm der Prätor zwei hierher gehörige Veränderungen vor. Zuerſt brachte das allgemeine Edikt, wodurch neben den sui die liberi im prätoriſchen Sinne, alſo auch die naturales emancipati, zu den erſten Erben eines jeden civis erhoben wurden, dem Patron von ſelber den Nachtheil, daß nunmehr auch dieſe emancipati ihn ausſchloſſen.[16] Die zweite Neuerung iſt dagegen eine ausdrückliche Begünſtigung des Patrons. Nach Zwölftafelrecht nämlich wurden bei dem Freigeborenen die Agnaten, bei dem Freigelaſſenen der Patron durch die sui jeder Art ausgeſchloſſen, alſo nicht blos durch die natürlichen sui, ſondern auch durch die künſtlichen d. i. durch die auf dem Wege der adoptio oder der in manum conventio sui Gewordenen (quasi sui heredes). Daran nimmt der Prätor zwar in Bezug auf die Agnaten keinen Anſtoß, aber er verwirft es gegenüber dem Patron; denn er gibt in einem ſolchen Falle dieſem corrigendi iuris civilis causa eine bonorum possessio dimidiae partis contra suos non naturales.[17]

An dieſen letzten Punkt reiht ſich[18] die andere, vom

---

16) Gegenüber der liberta bleibt natürlich der Patron der erſte Inteſtaterbe, wie vorher.

17) Gaius III, 41; Ulpianus XXIX, 1; § 1 I. de successione libertorum. Uebrigens erfolgt durch die Annahme künſtlicher sui eine Beeinträchtigung des Patrons nur dann, wenn keine naturales sui vorhanden ſind.

18) Die Quellen bringen die bonorum possessio dimidiae partis contra suos non naturales und die bonorum possessio dimidiae partis contra tabulas mit einander in eine gewiſſe Verbindung: Gaius III, 41; Ulpianus XXIX, 1. Dieſelbe zeigt

Prätor begründete bedeutsame Neuerung an, welche uns hier vorzugsweise beschäftigen soll, die bonorum possessio patroni contra tabulas liberti, also das Pflichttheilsrecht des Patrons.[19]

Die natürliche äußere Veranlassung zu diesem Schritt der Gesetzgebung ist darin zu erkennen, daß damals der libertus denjenigen Grad von Freiheit erlangt hatte, welcher eine Verletzung des Patrons durch das Testament ganz wesentlich erleichterte, und zwar in folgendem Zusammenhang.

Weil man allmälig zu der Einsicht gekommen war, daß jene bei der Freilassung dem Freigelassenen vom Patron vertragsmäßig aufgelegten Lasten das vernünftige Maß weit zu übersteigen pflegten, deshalb erklärte zuerst ein Prätor Rutilius,[20] wahrscheinlich im Jahr 636, er werde künftighin

---

sich nicht blos in der Gleichheit des in beiden Fällen dem Patron zustehenden Theils, sondern auch in der inneren Natur beider Fälle: der Patron tritt durch beide bonorum possessiones dem entgegen, daß ihn der Freigelassene durch einen Akt seiner Willkür vom Nachlaß entferne und zwar zum Vortheil Anderer, als seiner leiblichen Kinder. Dafür aber, daß beide bonorum possessiones gleichzeitig entstanden seien, wie man häufig anzunehmen pflegt, fehlt es an jedem Zeugnis; es ist möglich, aber keineswegs nothwendig.

19) Die bonorum possessio patroni contra tabulas liberti behandelt in der Kürze Löhr, Magazin III, p. 261 ff. (1819). Der im Jahr 1825 erschienene fünfte Band von Savigny's Zeitschrift enthält eine Abhandlung Unterholzner's über das patronatische Erbrecht, welche in § 7 ff. denselben Gegenstand in derselben kompendiarischen Weise darstellt. Einzelne hierher gehörige Fragen erörtert Huschke in der zweiten Abhandlung seiner Studien (1830).

20) Fr. 1 p. § 1 de bonis libertorum (Ulpianus lib. 42 ad edictum): Hoc edictum a praetore propositum est honoris, quem liberti patronis habere debent, moderandi gratia. Namque, ut Servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, quum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur. Et quidem prius [schon Taurell.

aus jenen, bei der Freilaſſung zwiſchen Patron und Freigelaſſenen civilrechtlich gültig abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäften dem Patron nur zwei Klagen geben, nämlich erſtens die actio operarum,[21] zweitens als einzigen Fall eines zuläſſigen onerare libertatem die actio pro socio aus demjenigen Vertrag, zufolge welchem der Freilaſſer als socius dimidiae partis in das Vermögen des Freigelaſſenen eintreten ſoll, ſobald dieſer die Pflicht des Gehorſams und der Dankbarkeit verletzte.[22]

---

und jetzt Huſchke, in Linde's Zeitſchrift N. F. 14 p. 20, für primus; Löhr p. 262 und unſere Ausgaben für die Florentina] praetor Rutilius edixit, se amplius non daturum patrono, quam operarum et societatis actionem, videlicet si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus. — Fr. 2 p. § 1 de operis libertorum (Ulpianus lib. 38 ad edictum): Hoc edictum praetor proponit coarctandae persecutionis libertatis causa impositorum; animadvertit enim rem istam, libertatis causa impositorum praestationem [die letzten Worte ſind vielleicht ein altes Gloſſem zu rem istam] ultra excrevisse, ut premeret atque oneraret libertinas personas. Initio igitur praetor pollicetur, se iudicium operarum daturum in libertos et libertas. Meines Erachtens hat die letzte Stelle misverſtanden Burchardi (das Syſtem und die innere Geſchichte des römiſchen Privatrechts § 131), wenn er in ihr und Fr. 37 p. eod. tit. den Beweis für den Satz findet, der Prätor habe den Anſpruch auf die operae eingeführt, und zwar um das Verlangen nach Freilaſſung zu vermindern.

21) Der dona et munera wird nicht beſonders gedacht, aber ſie ſind gewiß mit inbegriffen.

22) Die Frage liegt nahe, ob in einem ſolchen Vertrag überhaupt eine gültige Societät ſich erkennen ließ. Huſchke, Studien p. 123, meint, der Patron habe durch die Manumiſſion ſeinerſeits das kontribuirt, daß der Freigelaſſene überhaupt Vermögen haben konnte. Aber jener Antheil am Vermögen des Freigelaſſenen iſt keine Gegengabe für die Freiheit, weil in ſeinem Eintritt nicht unmittelbar an letztere geknüpft; vielmehr hat die Sache den Charakter einer für den Fall des Misbrauchs der geſchenkten Freiheit zur Strafe eintretenden Gemeinſchaft. — Die Frage wird nicht auf dogmatiſchem ſondern auf hiſtoriſchem Wege zu löſen ſein. *a*) Wer der Anſicht war, daß die ſ. g. leonina keine wahre societas ſei,

Aber auch hierbei beruhigte die folgende Zeit sich nicht. Irgend ein nicht lange nach Rutilius edicirender Prätor[23] ließ zwar die actio operarum bestehen, strich jedoch das Versprechen jener Societätsklage, wie es Rutilius aufgenommen, aus dem Edikt. Seit dieser Zeit untersagte mithin der Prätor schlechthin ein jedes onerare libertatem.[24] Gerade weil auf

---

der mußte auch die hier fragliche societas für ipso iure ungültig erklären: und das thut denn auch Ulpian wiederholt, das eine Mal mit Bezugnahme auf Labeo (Fr. 36 de operis libertorum; Fr. 1 § 7 quarum rerum). *b*) Aber diese Verwerfung der leonina war keineswegs zu allen Zeiten anerkannt, sie ist vielmehr das Produkt der späteren, entwickelten Jurisprudenz (Labeo, Cassius, Ulpianus: Fr. 29 § 1. 2 pro socio; Fr. 36 de operis), wie denn überhaupt die Erfordernisse dieses Rechtsgeschäfts sich nur allmälig in dem Widerstreit der Meinungen feststellten (Gai. III, 149; § 2 I. de societate; Fr. 30 pro socio). *c*) Dem entsprechend erschien die hier fragliche societas zur Zeit von Rutilius als vollgültig; sie war es civilrechtlich auch noch, als ein folgender Prätor sie untersagte und ließ sich daher nur durch die exceptio si non onerandae libertatis causa promissum sit beseitigen (Fr. 1 § 7. 8 quarum rerum). *d*) Dagegen die späteren Vertreter des Satzes von der civilen Ungültigkeit der leonina societas sagten natürlich, der Richter müsse hier schon auf Grund der gewöhnlichen Formel aus der actio pro socio an sich und ohne jene exceptio absolviren. Dennoch rieth die Vorsicht auch jetzt noch zur Einfügung der letzteren: Fr. 36 cit.; Fr. 1 § 7 cit. [Etwas anders Cuiacius, observ. XVI, 8, weil er den Zusammenhang mit der leonina societas nicht berücksichtiget.]

23) Dieser Prätor muß vor dem Jahr 680 im Amte gewesen sein; denn in diesem Jahr nimmt der Prätor Verres eine Veränderung des fraglichen Ediktes vor (Anm. 34).

24) *a*) Das Bedürfnis, den Begriff des onerare libertatem festzustellen, bestand offenbar seit Rutilius (Anm. 14). *b*) Der Prätor tritt civilrechtlich gültigen Verträgen entgegen, daher in Form der exceptio (dem widerspricht der Ausdruck non tenetur in Fr. 32 de operis so wenig als die Pandektenrubrik quarum rerum actio non datur). *c*) Sie wird genannt exceptio onerandae libertatis causa (Fr. 1 § 7 quarum rerum), offenbar nach der Wortfassung, welche entweder lautete si non onerandae libertatis causa promissum est oder, was wahrscheinlicher, in Folge

dieſe Weiſe die rechtliche Stellung des Patrons unter Lebendigen beeinträchtiget, die vermögentliche Freiheit des Freigelaſſenen weſentlich befördert wurde, deshalb ſah ſich der Prätor veranlaßt, den nach der anderen Seite hin bedeutſamen Schritt zu thun, daß er an den nicht von liberi naturales beerbten Freigelaſſenen die Anforderung ſtellte, im Teſtament mindeſtens die Hälfte ſeines Nachlaſſes dem Patron zu hinterlaſſen und daß er bei Verletzung dieſer Vorſchrift dem Patron die bonorum possessio dimidiae partis contra tabulas liberti gewährte.[25] Der von pekuniären Befürchtungen unter Lebendigen befreite Freigelaſſene ſoll bei ſeinem Tod die verecundia patronalis[26] kundgeben durch das Teſtament.[27]

---

der Analogie der exceptio doli: si in ea re nihil onerandae libertatis causa factum est (Fr. 1 § 9 cod. tit.; Ulpian handelte von beiden genannten Exceptionen in demſelben Buch ad edictum; die Pandekten laſſen den Titel quarum rerum actio non datur unmittelbar folgen auf den de doli mali et metus exceptione). *d*) Für ihren Umfang folgt ſie jedenfalls ganz dem Muſter der exceptio doli: aktiv Fr 1 § 8. 11. 12 quarum rerum; Fr. 7 § 1 de exceptionibus; paſſiv Fr. 1 § 9. 10. 12 quarum rerum. *e*) Wenn der Freigelaſſene der Sache nach in der verbotenen Art belaſtet iſt, aber die exceptio onerandae libertatis causa keine Abhülfe ſchafft, ſo hat er gegen den Patron des Geleiſteten wegen die auf dem aequum et bonum beruhende condictio: Fr. 1 § 10. 11 quarum rerum; Fr. 32 de rebus creditis; geradeſo verhält ſich die Sache bei der exceptio doli: Fr. 5 § 5. Fr. 7 de exceptione doli mali.

25) Fr. 1 § 2 de bonis libertorum (Ulpianus): Posteriores praetores certae [Ulpian ſchrieb wahrſcheinlich dimidiae] partis bonorum possessionem pollicebantur; videlicet enim imago societatis induxit eiusdem partis praestationem, ut quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret. — Gaius III, 41; Ulpianus XXIX, 1; § 1 I. de successione libertorum.

26) Fr. 20 p. de donationibus (Marcellus): — pars ex legibus verecundiae patronali debita.

27) Uebrigens iſt die im Text gegebene Darſtellung keines-

Dabei ſind im Einzelnen folgende Punkte ſofort hervorzuheben:

a. Der Prätor gibt dieſe bonorum possessio nur gegen

---

wegs die allgemein gebilligte. *a*) Löhr a. a. O. p. 261 ſagt: „Rutilius geſtattete nur, daß der Patron die verſprochenen operae einklagen und, wenn dies ausgemacht, ſtatt dieſer operae die Hälfte des Vermögens des Freigelaſſenen verlangen konnte.“ (Ihm folgt in der Hauptſache Heimbach, Rechtslexikon II p. 339). Aber nach Ulpian gab Rutilius dem Patron kein alternatives Recht ſondern ein kumulatives (Löhr überträgt den Rechtsſatz einer ſpäteren Zeit auf Rutilius) und man kann ganz gewiß nicht die Societätsklage erheben ſtatt der actio operarum; denn während die Dienſte unbedingt geſchuldet werden, gilt die Societät nur für den einen Fall des Undanks. *b*) Anders Francke, das Recht der Notherben, § 40. Nach ihm haben ſich die Freilaſſer urſprünglich in Form des Societätsvertrags die Hälfte eines jeden Erwerbs ſchlechthin und unbedingt von dem Freigelaſſenen verſprechen laſſen; das habe jedoch Rutilius verboten, die Societät nur noch für den einen Fall gut heißend si obsequium non praestaret libertus. Aber daß vor Rutilius eine ſolche unbedingte Societät in Uebung geweſen ſei, davon berichtet uns meines Wiſſens keine Quelle. Nichtsdeſtoweniger iſt dieſe Konjektur auf die ganze Art, wie Francke das Pflichttheilsrecht des Patrons betrachtet, von Einfluß geweſen. Er glaubt nämlich, in demſelben liege die nach dem Tode des Freigelaſſenen geltend zu machende Anerkennung eines dem Patron zuſtehenden Rechts auf einen Antheil an ſchlechthin Allem und Jedem, was der Freigelaſſene irgend bei ſeinem Leben erwirbt. Aber ſelbſt wenn jene Vorausſetzung von einem urſprünglichen Societätsvertrag mit der Richtung auf einen jeden Erwerb begründet ſein ſollte, ſo würde ich dieſer Folgerung doch nicht zuſtimmen können; denn wie immer in alten Zeiten dieſer Societätsvertrag beſchaffen geweſen ſein mag: in der Zeit, als die Nachfolger des Rutilius mit Verwerfung der Societät die debita portio einführten, da war jene societas dimidiae partis ausgemachterweiſe (eben ſeit Rutilius) nur noch für den Fall möglich si obsequium non praestaret libertus: es kann daher das Pflichttheilsrecht nur an die Stelle des ſo beſchränkten Societätsvertrags getreten ſein. [Auch die Berufung Francke's auf Fr. 3 § 20 de bonis libertorum halte ich nicht für entſcheidend; denn wenngleich daraus folgt, daß den Maßſtab für die Größe des Pflichttheils nicht lediglich bildet, was im Augenblick des Todes des Freigelaſſenen in dem Vermögen deſſelben ſich befindet, ſo ſagt die Stelle andererſeits doch auch nicht, daß Alles

das Teſtament des libertus, nicht auch gegen das der liberta.[28] Da dieſe nach wie vor in der legitima tutela patroni ſteht, ſo kann ſie auch nach der Beſeitigung der actio pro socio den Patron durch ihr Teſtament nicht verletzen: mithin beſteht hier kein Bedürfnis eines Pflichttheilsrechts.

b. Der Prätor faßt dieſe Zuwendung als eine natürliche Pflicht auf; daher ändert — anders als bei dem Inteſtaterbrecht der Zwölftafeln, aber gemäß den Prinzipien, welche der Prätor in ſeinem Erbrecht überhaupt anerkennt — minima capitis deminutio nichts an dieſem Rechte.[29]

c. In der Zeit der Entſtehung dieſer bonorum possessio war die Voconiana ratio offenbar noch vollkommen populär. Das war der Grund, weshalb der Prätor lediglich den patronus zuließ, die patrona ausſchloß[30] und weshalb er von den liberi patroni zwar die männlichen, durch männliche verbundenen Glieder berief,[31] dagegen alle weiblichen, desgleichen die mit dem Patron durch Weiber verbundenen männlichen Glieder gänzlich zurückwies.[32]

d. Endlich der Fall, in welchem dieſe bonorum possessio zur Geltung zu kommen hat, wird durch die Natur des Pflichttheilsrechts näher begrenzt: die genannten Perſonen ſind, wie ſchon berührt wurde, nur dann berufen, wenn kein zu den

---

und Jedes mitzurechnen ſei, was der Freigelaſſene irgend einmal erwarb, ſondern nur das, was er hinterläßt und ferner was er nicht hinterläßt, weil er es dolo malo veräußerte].

28) Gaius III, 43; Ulpianus XXIX, 2.

29) Das Genauere ſpäter.

30) Gaius III, 49; Ulpianus XXIX, 6.

31) Gaius III, 45; Ulpianus XXIX, 4.

32) Ulpianus XXIX, 5.

naturales liberi des Erblaſſers Gehöriger zur Erbfolge gekommen iſt[33]: ſie nämlich ſtehen dem Erblaſſer unbedingt näher als der Patron.

III. Dieſes dem Patron vom Edikt gewährte Pflichttheilsrecht, wie es eben dargeſtellt wurde, ward ſchon durch das Edikt ſelbſt mindeſtens in einer Beziehung fortgebildet. Es iſt uns nämlich die Notiz erhalten, daß der Prätor Verres die filia patroni auf eine sexta pars hereditatis zur contra tabulas bonorum possessio zugelaſſen habe[34]: wobei freilich zweifelhaft bleibt, inwieweit die folgenden Prätoren dieſe Neuerung anerkannten. Aber wie dem immer ſei, die erſte wahrhaft bedeutende Fortentwickelung dieſes prätoriſchen Inſtituts erfolgte ausgemachterweiſe durch ein Geſetz, die lex Papia Poppaea. Das, was dieſelbe in hierher gehöriger Beziehung that, läßt ſich ſachgemäß nach zwei Geſichtspunkten

---

33) Gaius III, 41; Ulpianus XXIX, 1.

34) Cicero in Verrem I, 48: Caius Sulpicius Olympus fuit. Is mortuus est C. Sacerdote praetore, neseio an antequam Verres praeturam petere coeperit. Fecit heredem M. Octavium Ligurem. Ligur hereditatem adiit: possedit Sacerdote praetore sine ulla controversia. Posteaquam Verres magistratum iniit, ex edicto istius, quod edictum Sacerdos non habuerat, Sulpicii patroni filia sextam hereditatis partem ab Ligure petere coepit. Ein Freigelaſſener hat den M. Octavius Ligur zum Erben eingeſetzt; er ſtirbt während der Prätur des Sacerdos; der eingeſetzte Erbe tritt die Erbſchaft ſofort an und erhält ihren Beſitz unter derſelben Prätur. Verres, der nächſte Prätor, macht im Edikt die Neuerung, daß er die filia patroni auf die sexta pars hereditatis beruft. Auf Grund dieſes, erſt nach dem Tode des Freigelaſſenen, ja erſt nach dem von Sulpicius vorgenommenen Erbſchaftsantritt erlaſſenen Edikts verlangt die Tochter des Patrons jene sexta, bittet alſo um die contra tabulas bonorum possessio.

ordnen: einmal erweiterte ſie die Befugniſſe der ſchon jetzt Pflichttheilsberechtigten, ſodann gab ſie Pflichttheilsrecht ſolchen Perſonen, die es bis dahin entbehrten.

Das Geſetz erweiterte die Befugniſſe des patronus und ſeiner männlichen, durch Männer verbundenen Deſcendenz in zweifacher Richtung:

1. Gegen die Ausſchließung der genannten Perſonen durch die liberi naturales liberti, wie das Edikt das beſtimmte, hatte das Geſetz in der Regel allerdings nichts einzuwenden. Es fand jedoch dieſen Ausſchluß ungerechtfertigt unter der doppelten Vorausſetzung [35]

a. daß der Freigelaſſene ein Vermögen von mindeſtens 100,000 Seſtertien hinterließ; [36]

b. daß bei ſeinem Ableben weniger als drei Kinder vorhanden. [37]

---

35) *a*) Gaius III, 42: Postea lege Papia aucta sunt iura patronorum, quod ad locupletiores libertos pertinet: cautum est enim ea lege, ut ex bonis eius, qui sestertiorum nummorum centum milium plurisve patrimonium reliquerit et pauciores quam tres liberos habebit, sive is testamento facto sive intestato mortuus erit, virilis pars patrono debeatur. — Daraus iſt entlehnt § 2 I. de successione libertorum. *b*) Für die Deſcendenz des Patrons: Gaius III, 45; Ulpianus XXIX, 3, 5 (vergl. Huſchke, Studien p. 32).

36) *a*) Die Frage, ob der Freigelaſſene als centenarius zu betrachten ſei, entſcheidet ſich nach der Zeit ſeines Todes: Fr. 26 de bonis libertorum (vergl. Abſchnitt II, Anm. 114). *b*) Die in der Abſicht, ſich zum minor centenario zu machen, vorgenommene Veräußerung iſt nichtig: Fr. 16 de iure patronatus (vergl. Abſchnitt II, Anm. 115).

37) Welcher Freigelaſſene drei Kinder hat, der wird, gemäß dem allgemeinen Charakter des Geſetzes für ſeine Fruchtbarkeit dadurch belohnt, daß er den Patron von dem durch das Geſetz demſelben eingeräumten Erbrecht ausſchließt. Dabei iſt hervorzuheben, daß das Geſetz den Ausſchluß des Patrons von der virilis pars

Unter ſolchen Verhältniſſen ſoll den genannten Perſonen ſowohl ab intestato als contra tabulas das Recht, nicht auf eine feſte Quote der Erbſchaft, ſondern auf eine virilis portio zuſtehen und ſoll daſſelbe offenbar in der Form der bonorum possessio geltend gemacht werden.[38]

2. Sodann ſchuf das Geſetz zu Gunſten derſelben Perſonen ein Pflichttheilsrecht gegenüber der liberta, und zwar in folgendem Zuſammenhang. Der Grund, weshalb der Prätor kein ſolches eingeführt, lag, wie angegeben, in der legitima tutela patroni. Von dieſer wird die liberta gerade durch die lex Papia in einem beſtimmten Falle befreit, nämlich wenn ſie das ius quatuor liberorum ſich erworben. Da mithin von dieſem Zeitpunkt an eine ſolche teſtiren konnte, ohne der auctoritas patroni zu bedürfen, ſo wurde ihr gegenüber ein Pflichttheilsrecht zu einer ſofortigen, natürlichen Anforderung.[39] Demgemäß verordnete gleichzeitig für dieſen Fall das Geſetz,

---

lediglich abhängig macht von dem Vorhandenſein der Kinder, nicht aber davon, daß ſie miterben. (Daß Gaius im Folgenden lediglich Beiſpiele wählt, wo die Kinder Erben werden, ändert daran nichts; ſein Zweck iſt hier lediglich, die Größe der virilis pars zu erläutern.) Wenn freilich keines der vorhandenen Kinder zur Erbfolge kommt, dann hat der Prätor die contra tabulas bonorum possessio kraft dem prätoriſchen Edikt.

38) Unterholzner p. 102 wirft die Frage auf, ob hier eine bonorum possessio oder ein Civilerbrecht anzunehmen ſei und iſt geneigt für die erſtere ſich zu erklären. Aber die Frage ſcheint mir nicht richtig geſtellt zu ſein; denn wenn eine bonorum possessio durch eine lex eingeführt wird, ſo iſt jene eben ein civiles Erbrecht. — Dafür, daß auch hier bonorum possessio ſtatt habe, vergl. Gai. III, 52.

39) Gegenüber der liberta, welche das ius quatuor liberorum nicht hat, fehlt die Veranlaſſung zu einer dem Patron zu gewährenden bonorum possessio contra tabulas.

daß der Patron und ſeine männliche, nur durch Männer verbundene Deſcendenz, einen je nach der Zahl der die liberta überlebenden Kinder ſich beſtimmenden Kopftheil zu beanſpruchen habe, und zwar, wenn verletzt, in der Form der contra tabulas bonorum possessio.[40]

Die beiden unter 1 und 2 aufgeführten Satzungen verhalten ſich alſo in folgender Art zu einander. Wenn der libertus Kinder hinterläßt, ſo hat der patronus einen Anſpruch auf den Nachlaß nur in dem Fall, daß jener als bemittelter Mann ſtarb und die Zahl ſeiner Kinder nicht groß iſt. Gegenüber dem Teſtament der liberta aber beanſprucht der Patron ſeine virilis pars ſchlechthin; einerlei, wie viel oder wenig ihr Nachlaß betrage und wie groß immer die Anzahl ihrer Kinder ſein mag. Dennoch liegt darin eine ganz weſentliche Beſſer-

---

40) Ulpianus XXIX, 3, 4; Gaius III, 44, 45. Die Hauptſtelle, Ulp. XXIX, 3, lautet: Lex Papia Poppaea postea libertas quatuor liberorum iure tutela patronorum liberavit et cum intulerit, iam posse eas sine auctoritate patronorum testari, prospexit, ut pro numero liberorum libertae superstitum virilis pars patrono debeatur. Daraus ergeben ſich allerlei Konſequenzen: *a*) Das in Folge des ius quatuor liberorum errichtete Teſtament wird durch den Tod dieſer Kinder nicht ungültig. *b*) Die virilis portio des Patrons richtet ſich nach der Anzahl der überlebenden Kinder, nicht nach der Zahl der eingeſetzten Erben. *c*) Wie viel beträgt die virilis portio des Patrons, wenn alle Kinder der Freigelaſſenen vor ihr geſtorben ſind? Offenbar hierher gehört Fr. 145 de verborum significatione (Ulpianus lib. 10 ad legem Juliam et Papiam): Virilis appellatione interdum etiam totam hereditatem contineri dicendum est d. h. der Patron erhält in dem vorliegenden Fall durch die contra tabulas bonorum possessio virilis partis den ganzen Nachlaß, denn er iſt die einzige, hier zu zählende Perſon: vergl. Förſter in Savigny's Zeitſchrift V, p. 38, Huſchke a. a. O. (Die von letzterem hierauf gegründete Reſtitution von Gaius III, 44 iſt freilich nicht unbedenklich).

ſtellung der liberta; denn ab intestato iſt der Patron noch immer ſchlechthin ihr nächſter, einziger Erbe.

Die zweite, oben hervorgehobene Richtung des Geſetzes bezieht ſich auf die Aufnahme des weiblichen Geſchlechts in dieſes Pflichttheilsrecht, d. h. der patrona und ihrer Deſcendenz, desgleichen der weiblichen Deſcendenz des patronus.

Was zuerſt die patrona anlangt, ſo beſtimmt die lex zu Gunſten derſelben dreierlei:

1. Sie ſoll dem verſtorbenen libertus gegenüber diejenigen Patronatsrechte haben, welche das Edikt ausſchließlich den Männern gewährt; alſo namentlich die uns hier intereſſirende bonorum possessio contra tabulas. Aber nicht unbedingt erhält ſie dieſe Rechte, vielmehr gemäß der Tendenz des ganzen Geſetzes nur als Belohnung dafür, daß ſie Kinder hat, und zwar werden von einer ingenua zwei, von einer liberta drei Kinder verlangt.[41]

2. Dem verſtorbenen libertus gegenüber ſoll die patrona ferner Antheil haben an demjenigen Erbrecht, welches die lex Papia für den patronus neu geſchaffen; alſo erhält ſie das Recht auf eine virilis pars gegenüber dem centenarius, welcher mit Hinterlaſſung von weniger als drei Kindern verſtarb. Jedoch ſind hier engere Grenzen gezogen als im vorigen Fall, nämlich

a. nur die ingenua patrona erhält es, nicht die liberta;

41) Gaius III, 50; Ulpianus XXIX, 6. Die Aehnlichkeit in der Ausdrucksweiſe beider Stellen wird darin ihren Grund haben, daß ſich beide an die Worte des Geſetzes anſchließen.

b. und auch dieſe erhält es nicht ſchon mit zwei, ſondern erſt mit drei Kindern.[42]

3. Endlich empfängt die patrona auch ein Erbrecht wider das Teſtament der liberta. Dazu lag die Veranlaſſung nicht, wie bei dem patronus, in der Beſeitigung der legitima tutela; denn dieſe hat die patrona niemals gehabt. Vielmehr war hier die patrona ſeit Beſeitigung der actio societatis ganz ohne Schutz: die lex Papia holte lediglich nach, was ſicherlich ſchon durch das Edikt geſchehen wäre, ohne die den Frauen abgewendete Richtung der damaligen Zeit. Daraus folgt zugleich, daß durch die einfache Anwendung der dem patronus gegen das Teſtament der quatuor liberis honorata gewährten contra tabulas bonorum possessio virilis possessio auf die patrona nicht genügend zu helfen war; denn es konnte ja eine jede, auch die das ius liberorum nicht habende liberta teſtiren, ohne dabei die Zuſtimmung der patrona zu bedürfen. Das nun, was das Geſetz neu anordnete, beſchreibt Gaius (III, 52) mit folgenden Worten:

> Cum autem testamento facto moritur liberta, ea quidem patrona, quae liberis honorata non est, nihil iuris habet contra libertae testamentum; ei vero, quae liberis honorata sit, hoc ius tribuitur per legem Papiam, quod habet ex edicto patronus contra tabulas liberti.

Trotz der Einfachheit dieſer Worte iſt die Sache im Einzelnen nicht frei von Zweifeln.

a. Allerdings, die allgemeine Natur des neuen Rechts iſt

---

42) Gaius III, 50.

klar. Nicht dasjenige Recht ſoll die patrona gegen die liberta erhalten, welches kraft der lex Papia der patronus gegen die liberta hat, ſondern das andere, welches kraft dem Edikt dem patronus gegen den libertus zuſteht, alſo die dimidiae partis bonorum possessio contra tabulas libertae.

b. Auch der andere Punkt iſt einleuchtend, daß die patrona nicht unbedingt, ſondern als liberis honorata dieſes Recht erhalte[43] und daß dabei nicht, wie im vorigen Fall, zwiſchen ingenua und liberta patrona unterſchieden werde.

c. Weiter läßt ſich darüber nicht füglich ſtreiten, daß, wie oben als nothwendig vorausgeſetzt wurde und in den von Gaius gewählten Worten klar ausgeſprochen liegt, ein Recht der patrona gewährt iſt gegen das Teſtament einer jeden liberta, nicht blos der quatuor liberis honorata.

d. Dagegen ſcheint man nicht ſelten anzunehmen, daß die patrona dieſes Recht auch dann geltend zu machen habe, wenn die liberta von eigenen Kindern beerbt wird.[44] Dazu wird die Vergleichung mit dem patronus beſtimmt haben, aber gerade dieſe hätte meines Erachtens davon abhalten ſollen; denn danach müßte, während der patronus neben vier und mehr Kindern nur virilis pars erhält, der patrona in dem gleichen Fall die Hälfte des Nachlaſſes zugeſprochen werden. Die Sache iſt vielmehr dieſe. Da die patrona durch das Geſetz gegen die liberta diejenige bonorum possessio erhält,

---

43) Man pflegt wohl zur Erläuterung dieſer Stelle des Gaius (III, 52) Ulpianus XXIX, 7 zu citiren; allein dieſelbe gehört meines Erachtens nicht hierher, ſondern zu Gaius III, 50.

44) Vergleiche den bedeutendſten Schriftſteller über dieſe Dinge, Huſchke a. a. O. p. 43.

welche der patronus gegen den libertus aus dem Edikt hat; da ferner der Patron der letzteren nur dann theilhaftig, wenn der Freigelaſſene nicht von eigenen Kindern beerbt wird: ſo hat auch die patrona ihre dimidiae partis bonorum possessio contra tabulas libertae lediglich dann, wenn kein Kind derſelben durch das Teſtament zur Erbfolge kommt: und das iſt ſicherlich zugleich ein nach dem Stande der damaligen Zeit verſtändiges Reſultat.[45]

So viel von der patrona. Was nun die geſammte Deſcendenz der patrona und die weibliche Deſcendenz des patronus (d. i. die filia patroni und die mit dem Patron durch Männer verbundenen Enkelinnen und Urenkelinnen) anlangt, ſo beſteht der prinzipielle aber ſehr begreifliche Unterſchied, daß letztere nach dem Muſter des patronus, die erſteren nach dem der patrona behandelt werden.[46]

Insbeſondere über die weibliche Deſcendenz des patronus drückte ſich das Geſetz offenbar dahin aus, daß die mit dem ius trium liberorum verſehene filia patroni dem filius patroni gleichſtehen ſolle.[47] Demgemäß erhält ſie unter der genannten Vorausſetzung namentlich:

---

45) Damit ſtimmt überein Unterholzner, p. 108.

46) Gaius handelt von der weiblichen Deſcendenz des patronus in Anſchluß an das Recht des patronus, nicht der patrona.

47) Ulpianus XXIX, 5 (wo der Zuſammenhang ergibt, daß unter feminae lediglich die Töchter des patronus zu verſtehen ſind). Gaius III, 46. — Mit Recht erklärt Huſchke p. 44 die hierher gehörige Stelle der ſ. g. C. 4. § 21 de bonis libertorum von Juſtinian (nach der Ueberſetzung von Reitz ſo lautend: antiqua igitur simulatio et observatio, qua fingebamus patroni filiam esse filium patroni, sublata sit) einfach dahin, daß ſie auf die Ausdrucksweiſe der lex Papia ſich beziehe, welche lediglich geſagt haben

a. die bonorum possessio dimidiae partis contra tabulas liberti;

b. die bonorum possessio virilis partis gegenüber dem libertus centenarius.

c. Bezüglich des Rechts derſelben gegen das Teſtament der liberta iſt die entſcheidende Stelle bei Gaius (III, 47) leider nicht vollkommen lesbar. Die Sache ſelbſt ſcheint dieſe. Da die filia patroni hier in derſelben Lage ſich befand wie die patrona, ſo genügte auch ihr die dem patronus zuſtehende bonorum possessio virilis partis gegen das Teſtament der quatuor liberis honorata liberta nicht. Deshalb erklärte eine beſondere Stelle der lex, es ſolle hier die patroni filia daſſelbe Recht haben wie die patrona, alſo die contra tabulas bonorum possessio dimidiae partis in dem Fall, wo die liberta nicht von Kindern beerbt wird. Dagegen war ein anderer Punkt bei den Römern ſelbſt kontrovers. Wenn der im Geſetz ausgeſprochene Satz, daß die patroni filia liberis honorata das Recht des patroni filius haben ſolle, ſchlechthin galt, dann hatte dieſelbe überdies noch die bonorum possessio virilis partis contra tabulas quatuor liberis honoratae: und das behaupteten auch die Einen geradezu. Da jedoch auf dieſem Wege die filia patroni beſſer geſtellt geweſen wäre als die patrona, ſo leugnete das ein anderer Theil der römiſchen Juriſten, behauptend, daß, weil das Geſetz hier auf die Analogie der patrona verwieſen, die des patronus in dieſem Falle außer Anwendung bleiben müſſe.[48]

---

wird, die Tochter des Patrons mit Kindern ſtehe dem Sohne deſſelben gleich.

48) Das alſo, vermuthe ich, ſtand in dem fraglichen § 47

Was endlich die Kinder der patrona betrifft, so wissen wir zwar mit Bestimmtheit, daß sie an diesem Erbrecht ebenfalls betheiliget waren, aber das Einzelne davon ist uns nicht überliefert. Aus den Pandekten nämlich ergibt sich lediglich das Vorhandensein eines solchen Antheils[49] und aus Gaius überdies die Gewißheit, daß er auf der lex Papia beruhte und eine bestimmte Anzahl von Kindern zur Voraussetzung hatte.[50]

---

von Gaius. Vergl. Huschke's interessante, aber abweichende Darstellung dieses Punktes in den Studien p. 36 ff. und die verschiedenen Restitutionsversuche von § 47.

49) Aus Fr. 17. 18. 42 de bonis libertorum erhellt allerdings der Antheil der Kinder der patrona an dieser contra tabulas bonorum possessio, aber weder die ursprüngliche Größe noch die ursprüngliche Voraussetzung der Berechtigung.

50) Gaius III, 53 lautet in der Lachmann'schen Ausgabe: Eadem lex patronae filiae liberis honoratae patroni iura dedit. sed in huius persona etiam unius filii filiaeve ius sufficit. Daß dieser Text, der überdies in der Handschrift nach honoratae eine kleine Lücke aufweist, bedeutende Fehler enthalte, ist fast allgemein anerkannt; (vergl. namentlich Huschke, Studien p. 48, und die verschiedenen Ausgaben des Gaius). Die Restitutionsversuche sind zahlreich. Unterholzner schlägt vor: Eadem lex patronae filiae liberis honoratae item patroni filio patroni iura dedit. sed rel. Huschke in den Studien: Eadem lex patronae filiae liberis honoratae, filio patroni iura dedit. Der Sinn beider Restitutionen ist der gleiche, dabei die letztere offenbar dem Zustand des Codex mehr entsprechend. An beiden störend ist jedoch der Umstand, daß Eadem nicht zu dem daneben stehenden Worte lex, sondern zu dem nachfolgenden iura bezogen werden soll. Daher natürlicher Böcking: Eadem iura [also EADIV̄ statt EADEM] lex patronae filiae liberis honoratae et filio patroni dedit. In der iurisprudentia anteiustiniana schreibt neuerdings Huschke Eadem ex (quae) patronae, (patronae) filiae liberis honoratae, filio patroni iura dedit. Mir scheint im Sinne aller dieser Restitutionen am einfachsten, der sonstigen Redeweise des Gaius entsprechend, gelesen zu werden: Eadem lex patronae filiae liberis honoratae, patronae, patronae filio patroni iura dedit, rel. Dabei fragt sich zuerst: wie ist das filiae liberis honoratae zu verstehen? Huschke p. 50, 51 meint, gerade wie bei der

IV. Bei dieſem Stande der Dinge verharrte die Geſetzgebung durch geraume Zeit und es ſind bis auf Valentinian III. nur einige Neuerungen hervorzuheben, weil ſie mittelbare Einwirkung auf dieſes Pflichttheilsrecht ausübten.[51]

Zuerſt iſt einer hierher gehörigen Aenderung des Inteſtaterbrechts zu gedenken. Das Senatusconsultum Orphitianum (178) macht nämlich die Kinder erſten Grades,[52] und zwar ohne daß capitis deminutio einen Unterſchied herbeiführen ſoll, zu den nächſten Erben ihrer Mutter. Dadurch griff es jedenfalls in das bisherige Inteſtaterbrecht des Patrons der Mutter ein, jedoch, wie ich glaube, lediglich in der Art, daß derſelbe neben den Kindern ebenfalls zur Erbfolge kommt.[53]

Mutter, alſo es würden bald zwei bald drei Kinder verlangt. Aber die weibliche Deſcendenz des Patrons braucht ſchlechthin drei Kinder: daher wird das liberis honorata auch hier in dem gleichen Sinne zu verſtehen ſein. Der zweite Punkt iſt ein Bedenken gegen den materiellen Inhalt der Reſtitution. Sie führt nämlich zu der Konſequenz, daß der filius patronae mit einem Kind mehr Rechte erhält als ſeine Mutter, die Freilaſſerin, mit mehreren Kindern. Das Auffällige dieſes Umſtandes hat Huſchke ſelbſt gefühlt, er iſt jedoch nicht geneigt, beſonderes Gewicht darauf zu legen; mir ſcheint er von Bedeutung zu ſein.

51) Als die lex Aelia Sentia die Kategorie der libertini deditii einführte, desgleichen als die lex Junia Norbana die Latini Juniani ſchuf, wurde das Pflichttheilsrecht des Patrons nicht berührt, denn beiden fehlte das Recht zu teſtiren. Von den letzteren war das im Geſetz ſelbſt ausgeſprochen (Ulpianus XX, 14; Vangerow, über die Latini Juniani p. 111); dagegen beſtand über die erſteren, weil das Geſetz ſchwieg, allerdings Verſchiedenheit der Meinungen; aber die verneinende Anſicht wurde aus nahe liegenden Gründen die allein herrſchende: Gaius I, 25; III, 75; Ulpianus l. l.

52) Die weitere Entwickelung im letzten Abſchnitt, Anm. 79 ff.

53) Fr. 1 p. § 8 ad Senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum. Die Frage, ob die Kinder den manumissor der Mutter ausſchließen oder ob derſelbe neben ihnen berufen werde,

Zweitens: wo immer die dem patronus über die liberta

---

iſt bekanntlich ſehr beſtritten (vergl. z. B. Gothofredus ad C. 3. Th. C. de legitimis heredibus; Unterholzner a. a. O. p. 32 und Förſter ebenda; Burchardi, Lehrbuch, § 353; Schirmer, Handbuch des Erbrechts p. 186). Der völlige Ausſchluß des Patrons iſt von vornherein unglaublich; weil in dieſer Zeit der Patron ſogar neben Kindern des libertus ein Inteſtaterbrecht haben kann. *a*) Aus Ulpianus XXIX, 2 folgt nicht, daß noch ſeit dem Orphitianum der Patron den Kindern vorgehe; denn dieſe, den hiſtoriſchen Gang einhaltende Darſtellung ſpricht lediglich vom Edikt, ſie hatte von dem Senatuskonſult erſt in dem uns nicht erhaltenen Stück zu handeln. *b*) Ebenſo wenig berechtiget Fr. 1 § 9 ad Senatusconsultum Tertullianum et Orphitianum (Ulpianus) zu dem Schluß, daß der Patron durch die Kinder ganz ausgeſchloſſen worden ſei; die Stelle ſpricht im Gegentheil für das Miterbrecht des Patrons [Ulpian erläutert die Worte des Senatuskonſults: „Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto.“ *α*. Demnach ſoll das vor dem Senatuskonſult gültige Recht erſt dann eintreten, wenn keiner der von dem Senatuskonſult zugleich Berufenen die Erbſchaft antritt. *β*. Die Bedeutung dieſer Geſetzesſtelle liegt in der Anerkennung des Akkreſcenzrechts für die durch das Senatuskonſult zugleich Berufenen (das ſpricht Ulpian ausdrücklich aus; darauf bezieht ſich auch § 4 I. de Senatusconsulto Orphitiano). *γ*. Die Worte des Geſetzes ſetzen voraus, daß bei dem Tode der Mutter neben den Kindern möglicherweiſe noch andere Perſonen berufen ſein können. *δ*. Nach dem bisherigen Entwickelungsgange des Inteſtaterbrechts müſſen unter dieſen anderen Perſonen nothwendigerweiſe der patronus und der quasi patronus begriffen ſein. *ε*. Das wird beſtätiget durch das zweite der von Ulpian gewählten Beiſpiele, wo der Patron derjenige iſt, an den die vakant gewordene Portion gelangt. (Dabei iſt an dem Ausdruck defertur keinesfalls Anſtoß zu nehmen; denn er iſt ſelbſt bei eigentlicher Akkreſcenz nicht unpaſſend, vergl. Schirmer a. a. O.)]. *c*) Das Senatuskonſult hatte vermuthlich drei Hauptabſchnitte: *α*. Im erſten ſtand der Hauptſache nach ut matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis: Ulpianus XXVI, 7. *β*. Im zweiten wird geſagt worden ſein, daß, im Falle patronus oder parens manumissor vorhanden, dieſe neben den Kindern berufen ſein ſollen (Ueber die ihnen zugewieſene Quote läßt ſich zweifeln; möglicherweiſe wurde ihnen virilis pars zugeſprochen, nach Analogie der Beſtimmung der lex Papia für den Fall, wo die Mutter kraft dem ius quatuor liberorum ein Teſtament gemacht; es iſt aber

zuſtändige legitima tutela beſeitiget wurde,[54] da geſchah das offenbar im Sinne der lex Papia, d. h. mit Anerkennung des dem Patron gebührenden Pflichttheilsrechts wider das Teſtament der liberta.

Drittens: als Eheloſigkeit und Kinderloſigkeit nicht mehr für verwerflich galten und deshalb aufhörten mit rechtlichen Nachtheilen verknüpft zu ſein, da kann das Kinderhaben auch nirgends mehr die Vorbedingung geweſen ſein für das hier fragliche Pflichttheilsrecht: die derartigen Beſtimmungen der lex Papia ſind daher offenbar weggefallen ſeit der konſtantiniſchen Zeit.[55]

Das erſte, wieder unmittelbar auf unſeren Gegenſtand ſich

---

auch ebenſo gut denkbar, daß dem patronus die dimidia pars zugetheilt wurde: dann erklärt ſich jener Ausdruck defertur vollkommen, weil beim Wegfall der mitberufenen Kinder der Patron kraft dem Senatuskonſult nunmehr allerdings die ganze Erbſchaft zu beanſpruchen hat, aber unter dieſer Vorausſetzung den Reſt nicht durch Akkreſcenz erhalten kann, ſondern nur durch einen zweiten Erwerb; vergl. Fr. 6 p. de bonorum possessionibus). γ. Der dritte Abſchnitt iſt endlich der uns erhaltene.

54) Wie und wann dieſe Beſeitigung erfolgte, iſt bekanntlich nicht vollkommen nachweisbar. Offenbar hat Rudorff (Vormundſchaft, I, p. 58 ff.) Recht, wenn er der Behauptung entgegentritt, jene beruhe auf C 1 de iure liberorum von Honorius und Theodoſius (410). Dagegen war es vielleicht ſchon Konſtantin's Abſicht, durch C. 1 Th. C. de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis auch dieſe Tutel zu beſeitigen. Freilich bezieht man ſeit Gothofredus dieſes Geſetz nach Anleitung ſeines Principium gewöhnlich nur auf Beſeitigung der Strafen des Cölibats und der Orbität (im Gegenſatz zu den Vortheilen, welche das Kinderhaben bringt), allein die in § 1 gewählten Worte: „quam rem et circa feminas aestimamus earumque cervicibus imposita iuris imperia velut quaedam iuga solvimus promiscue omnibus“ weiſen gewiß am natürlichſten auf die tutela hin. Vielleicht beſtand dieſe damals eben nur noch in den Fällen des Cölibats und der Orbität.

55) C. 1 Th. C. de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis. Tit. C. I. de infirmandis poenis.

beziehende Geſetz iſt eine Novelle[56] des Kaiſers Valentinian III. vom Jahre 447. Aber es bildet doch nur eine Epiſode in dieſer Entwickelungsgeſchichte, weil es ausſchließlich für das weſtrömiſche Reich Geltung erhielt.[57] In dieſem Geſetz faßte der Kaiſer vorzugsweiſe einen Punkt als einer Aenderung bedürftig in das Auge: das durch die bisherige Geſetzgebung den Kindern des Freilaſſers eingeräumte Recht ſchien ihm das billige Maß zu überſteigen. Den Freilaſſern ſelber nämlich läßt das Geſetz die Geſammtheit ihrer bisherigen Rechte,[58] insbeſondere ihr Inteſtat- und ihr Pflichttheilsrecht, welches letztere demnach auch jetzt noch in der Hauptſache beſtimmt wird durch das Edikt und das papiſche Geſetz. Dagegen wird das Erbrecht der Kinder des Freilaſſers weſentlich eingeſchränkt, und zwar in folgender Art:

Zuerſt ab intestato ſollen ſie ſchlechthin ausgeſchloſſen ſein, ſobald auch nur ein Deſcendent des libertus oder der

---

56) Novell. Valentiniani III, tit. XXV.

57) Dieſer allgemein anerkannte Satz folgt aus der Natur der Novellenſammlung und erhält eine indirekte Beſtätigung dadurch, daß Juſtinian, wo er in ſeinem Geſetz eine Entwickelungsgeſchichte dieſer Lehre aufſtellt, der Novelle Valentinian's nicht gedenkt.

58) Das geht ganz klar hervor aus der im Eingang und in § 1 ſich kundgebenden Tendenz des Geſetzes und wird überdies noch mit dürren Worten ausgeſprochen in § 8: Ipsis vero manumissoribus nihil penitus derogamus, quibus ius patronatus integrum semper manebit salvumque durabit, quicquid vel prisci iuris auctoritas vel superiorum principum sanctiones contra ingratos detulere libertos. Die gemeine Meinung hat das auch richtig erkannt (vergl. z. B. Unterholzner p. 53); Einzelne beziehen dagegen offenbar mit Unrecht die Veränderungen des Geſetzes auch auf den Patron ſelber; vergl. z. B. Burchardi a. a. O. § 353. 354; Löhr p. 268.

liberta, ſei er männlichen oder weiblichen Geſchlechts, zur Erbfolge kommt (§ 6);

neben Eltern und Geſchwiſtern des Erblaſſers erhalten ſie die Hälfte des Nachlaſſes;

erſt wenn auch dieſe nicht vorhanden, fällt ihnen der ganze Nachlaß zu (§ 7).

Sodann wird in Anſchluß an dieſe Aenderungen des Inteſtaterbrechts Folgendes beſtimmt für das Pflichttheilsrecht:

1. wenn lediglich Kinder des Freilaſſers vorhanden ſind, ſo können libertus und liberta auch ihrem einzigen Kinde den geſammten Nachlaß durch Teſtament gültig zuwenden (§ 2. 5);

2. haben dagegen libertus oder liberta keine Kinder, ſo müſſen ſie den Söhnen des Freilaſſers, desgleichen den männlichen Enkeln von Söhnen ein Dritttheil des Nachlaſſes zuwenden, die Töchter und deren Deſcendenz können ſie übergehen (§ 3. 4. 5).

Hierin liegen drei weſentliche Aenderungen des bisherigen Pflichttheilsrechts, nämlich:

1. vollkommene Beſeitigung der weiblichen Deſcendenz von patronus und patrona;

2. Beſeitigung auch der männlichen in den Fällen, wo ſie kraft der lex Papia neben Kindern des Freigelaſſenen berufen ſind;

3. Herabſetzung des Betrags des Pflichttheils für die Kinder des Freilaſſers, während er bei dieſem ſelbſt die alte Höhe behält.

V. Den Schluß der geſammten Entwickelung bildet ein wichtiges Geſetz des Kaiſers Juſtinian, das, freilich nur un-

vollkommen erhalten, in unſeren Ausgaben des Codex als C. 4 de bonis libertorum aufgeführt zu werden pflegt.[59] Aus demſelben ſind folgende Punkte hier hervorzuheben:

1. Die Abhängigkeit des Erbrechts vom ius liberorum iſt ganz und gar verſchwunden.

2. Von der Zurückſetzung des weiblichen Geſchlechts hat die Novelle Valentinian's die letzte Spur; bei Juſtinian iſt auch hiervon nichts mehr zu finden.

3. Ab intestato ruft der Kaiſer in erſter Klaſſe die Deſcendenten des libertus und der liberta und zwar von jetzt an ſogar die in der Sklaverei geborenen und erſt nach den Eltern freigelaſſenen;[60] die Adoptivkinder ſind dagegen ausgeſchloſſen.[61] In zweiter Klaſſe folgt der Patron und ſeine

---

59) Ueber die verſchiedenen Formen und den Zuſtand des uns Erhaltenen gibt Herrmann in ſeiner Ausgabe des Codex genaue Auskunft (vergl. auch Unterholzner a. a. O. p. 29). Von dem griechiſchen Original beſitzen wir nur den Schluß (bei Herrmann sub B). Einen bedeutenden Theil des Geſetzes gibt in der Kürze eine uns erhaltene lateiniſche Konſtitution (bei Herrmann sub F). Von dem Inhalt des Geſetzes referiren die Inſtitutionen in § 3 de successione libertorum. Eine ausführliche, in unſern neueren Ausgaben des Codex an erſter Stelle aufgenommene Relation des ganzen Geſetzes geben die Baſiliken (49, 1, 28); dieſe hat jedoch mannichfache Nachläſſigkeiten: vergl. z. B. § 14. 15. 19. 21.

60) C. 4 § 10. 11 de bonis libertorum; § 10 I. de gradibus. Hierin iſt offenbar ſchon Valentinian vorangegangen (§ 7).

61) C. 4 § 22 de bonis libertorum. Das Erbrecht des Patrons tritt alſo gänzlich zurück, ſo lange liberi naturales, nicht aber adoptivi, berufen ſind. — Weil Juſtinian in § 1 I. de successione libertorum die bonorum possessio contra suos non naturales als etwas der Vergangenheit Angehöriges hinſtellt, ſo ſollen nach Mayer (de hereditate parentis manumissoris § 10) im juſtinianiſchen Recht die Adoptivkinder des Erblaſſers den Patron ausſchließen. Er überſieht dabei, daß die Inſtitutionen unter der Vorausſetzung abgefaßt ſind, C. 4 de bonis libertorum ſtehe

Descendenz.[62] Die Adoptivkinder sind auch hier ausgeschlossen.[63] Wie nach altem Recht entscheidet auch jetzt noch Gradesnähe absolut und erfolgt unter den zugleich Berufenen überall Kopftheilung.[64]

4. Endlich für die Erbfolge gegen das Testament trifft Justinian folgende Bestimmungen:

a. Hat der Freigelassene ein Vermögen von weniger als 100 aurei, so kann er den ab intestato berufenen Patron in

---

wirklich im Codex, daß also jene bonorum possessio dimidiae partis deshalb als eine Antiquität angesehen werden mußte, weil die Adoptivkinder gar nichts zu erhalten hatten.

62) C. 4 § 9. 10. 11. 14 de bonis libertorum. Eine bemerkenswerthe Angabe enthält § 11. Danach sollen seit diesem Gesetz den Freigelassenen auch seine Geschwister und seine Eltern beerben, und zwar in der Art, daß sie den Patron ausschließen. Das erkennt einfach an Schrader ad § 3 I. de successione libertorum, während es dagegen nicht erwähnt wird von Unterholzner § 10, Walter § 659, Burchardi § 353. Die Angabe wird, wie manches Andere dieser Relation, Richtiges und Unrichtiges mit einander vermengen. *a*) Daß die Geschwister des Freigelassenen von Justinian berufen sind, wird bestätiget durch § 10 I. de gradibus cognationum; daher ist auch die Berufung der Eltern wahrscheinlich und die Berufung beider hat überdies in Valentinian's Novelle einen bedeutsamen Vorgang. *b*) Dagegen ist es nicht wahrscheinlich, daß die Genannten den Patron ausschließen (auch bei Valentinian thaten sie das nicht). Das stimmt nicht mit den angeführten übrigen Paragraphen, mit der lateinischen Konstitution sub F und mit § 3 I. de successione libertorum; denn hier wird überall nach den Kindern unmittelbar der Patron berufen. Ganz insbesondere aber widerspricht § 10 I. de gradibus; gerade hier nämlich, wo das Intestaterbrecht der Geschwister hervorgehoben wird, geschieht das in der Art, daß das Patronatsrecht nur den Kindern gegenüber zurücktritt, nicht aber auch gegenüber den Geschwistern. Den Institutionen aber gebührt überall der Vorzug vor der Relation der Basiliken.

63) C. 4 § 22 de bonis libertorum. Die Adoptivkinder des Patrons sollen seine Seitenverwandten nicht ausschließen.

64) C. 4 § 14 de bonis libertorum und die lateinische Konstitution sub F.

ſeinem Teſtament ganz ausſchließen; das Vermögen iſt zu unbedeutend, als daß hier von einer Verletzung des Patrons durch Uebergehung die Rede ſein könnte.[65]

b. Hinterläßt der Freigelaſſene ein Vermögen von 100 aurei und mehr, alsdann ſind patronus, patrona und ihre Deſcendenz[66] bis zum fünften Grade,[67] ſofern ſie ab intestato berufen ſein würden,[68] pflichttheilsberechtiget.[69]

c. Der Pflichttheil ſoll nicht mehr wie früher die Hälfte, ſondern ein Dritttheil der Erbſchaft betragen.[70]

d. Das Pflichttheilsrecht wird auch jetzt noch in Form der contra tabulas bonorum possessio geltend gemacht.[71]

---

65) C. 4 § 9 de bonis libertorum; die lateiniſche Konſtitution; § 3 I. de successione libertorum. Juſtinian erklärt wiederholt, er habe dieſe Zahl nach dem Muſter der lex Papia fixirt, einen aureus an die Stelle von tauſend Seſtertien ſetzend. Er hat alſo die lediglich für einen beſtimmten Fall getroffene Feſtſetzung der lex Papia verallgemeinert.

66) Hier bewährt ſich die oben hervorgehobene Gleichſtellung des weiblichen Geſchlechtes mit dem männlichen.

67) Dieſe ziemlich gedankenloſe (vergl. Unterholzner p. 114) ausdrückliche Beſchränkung der Deſcendenz des Patrons auf den fünften Grad findet ſich namentlich in der Relation der Baſiliken: § 14. 15. Möglich, daß ſie in Juſtinian's Konſtitution ſich nur auf den Fall der Seitenverwandten bezog.

68) § 3 I. de successione libertorum.

69) Daraus ergibt ſich, daß insbeſondere die Sätze der lex Papia weggefallen ſind, wonach patronus und patrona auch dann berechtiget ſind, wenn der libertus oder die liberta Kinder hinterläßt.

70) C. 4 § 15 de bonis libertorum; die lateiniſche Konſtitution sub F; § 3 I. de successione libertorum. Demnach macht hier Juſtinian die Herabſetzung des Pflichttheils, wie ſie Valentinian nur für die Kinder des Patrons ausgeſprochen, zur allgemeinen Regel.

71) § 3 I. de successione libertorum.

II.

Das Pflichttheilsrecht des Patrons nach ſeinem dogmatiſchen Gehalt.

Die dogmatiſche Betrachtung des zu Juſtinian's Zeit dem Patron zuſtändigen Pflichttheilsrechts, welcher wir uns jetzt zuwenden, hat Intereſſe einmal an ſich ſelber, ſodann durch die innere Verwandtſchaft mit dem durch die querela inofficiosi testamenti geltend zu machenden Pflichttheilsrecht der Verwandten.

I. Das hier fragliche Recht iſt zunächſt ein Recht des Patrons, alſo derjenigen Perſon, welche den Erblaſſer aus der Sklaverei freigelaſſen hat. Es iſt ein Recht nicht nur Desjenigen, der aus freien Stücken manumittirte, ſondern im Ganzen eines Jeden, welcher dem Erblaſſer die Wohlthat der Freiheit gewährt hat: auch wenn er zur Freilaſſung rechtlich verpflichtet war. Dahin gehört wer ex causa fideicommissi freiläßt;[1] desgleichen wer freiläßt, weil er beim Kauf des

---

1) *a*) Wer ſo freiläßt iſt patronus: Ulpianus II, 8; § 2 I. de singulis rebus; Fr. 13 § 1 de operis libertorum; Fr. 29 p. de bonis libertorum. *b*) Er hat nicht die vollen Patronatsrechte (Fr. 50 de ritu nuptiarum: magis enim debitam libertatem praestitit, quam ullum beneficium contulit; dagegen Fr. 24 de exeusationibus ſpricht ihm die Patronatsrechte viel zu allgemein ab, wie das dazu gehörige Schol. Basil. 38, 1, 24 ausdrücklich an-

Sklaven dem Verkäufer die Freilassung versprochen;[2] endlich wer Geld empfangen hat, damit er einen bestimmten, ihm gehörigen Sklaven freilasse.[3] Wer dagegen deshalb zur Frei-

---

erkennt); insbesondere: er kann bei der Freilassung keine operae auflegen: Fr. 13 § 1 de operis; C. 5 eod. tit.; die liberta, welche sich mit ihm verheirathete, kann sich in Folge einer eigenen Konstitution willkürlich von ihm scheiden: Fr. 50 de ritu nuptiarum; Fr. 10 de divortiis; er hat kein Recht auf Alimente: Fr. 5 § 22 de agnoscendis; keine ingrati actio: C. 1 de libertis, vergl. jedoch C. 5 de operis libertorum. *c*) Aber er hat eine bestimmte Anzahl der Patronatsrechte: so den Anspruch auf honor im Allgemeinen und insbesondere bei der in ius vocatio: C. 5 cit.; Fragm. Vatic. § 225; Fr. 24 de excusationibus; die legitima tutela: Fr. 3 § 1 de legitimis tutoribus; die legitima hereditas und die bonorum possessio intestati: Fr. 3 § 1 de suis et legitimis (Schol. Bas. ad 45, 1, 16); Fr. 29 p. de bonis libertorum; Schol. Basil. ad 38, 1, 23; namentlich hat er auch die in Frage stehende contra tabulas bonorum possessio: C. 1 de bonorum possessione contra tabulas liberti: Fr. 29 § 1 de bonis libertorum; Fr. 33 p. de fideicommissariis libertatibus. *d*) Das senatusconsultum Rubrianum unter Trajan bestimmt: wenn der mit der fideicommissaria libertas Belastete, auf Antrag des Bedachten vom Prätor vorgeladen, absichtlich nicht erscheint (Fr. 26 § 7 Fr. 28 § 1 de fideicommissariis libertatibus), so soll der Prätor den Anspruch des Sklaven dennoch prüfen und wenn er in Folge dieser Prüfung (causa cognita) erklärt, daß dem Sklaven die Freiheit gebühre, so wird derselbe kraft Gesetzes frei und gilt zur Strafe für den Belasteten als libertus testatoris (Fr. 5 Fr. 16 § 1 Fr. 26 § 7 Fr. 49 de fideicommissariis libertatibus); demnach ist der mit dem Fideikommiß Belastete nicht patronus, hat keine Patronatsrechte, insbesondere nicht die bonorum possessio contra tabulas: Fr. 33 § 1 Fr. 36 p. eod. tit.; Fr. 3 § 3 de legitimis tutoribus. *e*) Anders steht die Sache, wenn bei einem ex iusta causa abwesenden, mit der fideicommissaria libertas Belasteten der Magistrat auf Grund des etwas späteren senatusconsultum Dasumianum für die Freiheit sich ausspricht; denn hier gilt der frei Werdende, wie wäre er vom Belasteten freigelassen worden: Fr. 51 § 4 de fideicommissariis libertatibus.

2) Fr. 2 § 2 de bonis libertorum.

3) Die Freilassung ist auch hier eine wahre Wohlthat; daher mit den Rechten des Patronats und namentlich mit der contra ta-

laſſung verpflichtet iſt, weil er nach Uebereinkunft mit dem fremden Sklaven denſelben mit ſeinem, des Sklaven Gelde dem bisherigen Herrn zum Zwecke der Freilaſſung abgekauft (suis nummis emtus), der wird dadurch, daß er der übernommenen Pflicht nachkommt, zwar dem Namen nach Patron,[4] aber der Sache nach iſt er lediglich Mittelsperſon[5] und daher ſo gut wie aller Patronatsrechte, insbeſondere des Pflichttheilsrechts ledig.[6]

---

bulas bonorum possessio verbunden: C. 1 de bonis libertorum (Severus et Antoninus): Multum interest, utrum quis suis nummis emtus ac manumissus sit ab emtore an a domino suo data pecunia mereatur libertatem. Priore enim casu ad bona eius contra tabulas admitti patronum non placet, posteriore omnia iura patronatus retinet (cfr. Fr. 3 de obsequiis; C. 3 eod. tit.). Damit ſteht in direktem Widerſpruch: Fr. 3 § 4 de bonis libertorum (Ulpianus): Si quis nummos accepit ut manumitteret, non habet contra tabulas bonorum possessionem. [Zwar die Gloſſe und nach ihr Schulting wollen durch Unterſcheidung helfen; ſie meinen, C. 1 gewähre dem Patron die bonorum possessio, wenn der Sklav ſelbſt das Geld gab, Fr. 3 §. 4 verweigere ſie, wenn es von einem Dritten gegeben wurde. Aber nach einem inneren Grunde für dieſe willkürliche Beſchränkung der Worte des Fr. 3 wird man vergebens ſuchen und Fr. 3 de obsequiis iſt dagegen; denn es ſtellt den Sklaven, welcher ſeinem Herrn das Geld ſelbſt gab, in natürlicher Weiſe mit dem, für welchen ein Dritter das Geld gab, zuſammen und beide dem suis nummis emtus entgegen]. Offenbar iſt dieſe letzte der Florentina von ſpäterer Hand hinzugefügte Stelle, obgleich in den Baſiliken ebenſo ſich findend, irrig. Ich vermuthe, ſie ſprach urſprünglich nicht vom Freilaſſer eines Sklaven, ſondern vom parens manumissor: dann ſagte ſie etwas richtiges, wurde aber den Pandekten an einer falſchen Stelle hinzugefügt (vergl. Abſchn. IV, Anm. 51).

4) C. 7 de operis libertorum (Alexander).

5) Fr. 4 § 1. 2. 7. 8 de manumissionibus; Fr. 3 de obsequiis.

6) *a*) Der Freilaſſer entbehrt nach der Anſicht der römiſchen Juriſten jedenfalls die vom Prätor herſtammenden Patronatsrechte: C. 4 § 4 de bonis libertorum. *b*) Im Einzelnen wird ihm ab-

Die Perſonen nun, welchen dieſes Pflichttheilsrecht zuſtehen kann, beſtimmen ſich einfach: es ſind der patronus, die patrona,[7] desgleichen die Kinder derſelben.[8] Dabei hat, den ſonſtigen Prinzipien des Edikts gemäß, die durch emancipatio hervorgerufene minima capitis deminutio niemals einen Unterſchied gemacht. Das aber verdient beſonders hervorgehoben zu werden, daß ſelbſt der Eintritt in eine fremde Familie durch arrogatio oder adoptio dieſes Pflichttheilsrecht entſchieden beſtehen läßt.[9] Man ſah in ſeiner Gewährung die Erfüllung

---

geſprochen: die ingrati accusatio: C. 7 de operis libertorum; Fr. 3 de obsequiis; das Recht auf operae: C. 7 cit.; C. 3 eod. tit.; das Recht auf Alimente: Fr. 5 § 22 de agnoscendis; das Recht, die liberta, welche er geheirathet, an der Scheidung zu hindern: Fr. 45 § 2 de ritu nuptiarum; das Recht auf die contra tabulas bonorum possessio: C. 1 de bonis libertorum.

7) C. 4 § 15 de bonis libertorum; F. 17 Fr. 34 eod. tit. — Wenn ein Freigelaſſener wiederum Sklav geworden abermals freigelaſſen wird, ſo hat natürlich der jüngſte Freilaſſer allein Pflichttheilsrecht; denn nur dieſem verdankt jener ſeine Freiheit: Fr. 32 eod. tit.

8) C. 4 § 14. 15 de bonis libertorum; Fr. 2 § 2 Fr. 3 § 9 Fr. 5 p. § 1 Fr. 10 § 1 Fr. 16 § 4 Fr. 17 Fr. 18 Fr. 33 Fr. 38 p. Fr. 42 p. eod. tit. — Auch die erſt nach des Freilaſſers Tod konzipirten Enkel deſſelben können die bonorum possessio wider das Teſtament des Freigelaſſenen erhalten, weil es ſich nicht um Beerbung des Großvaters handelt ſondern um die eines Menſchen, mit welchem der Enkel allerdings gleichzeitig exiſtirt hat: Fr. 47 § 3 de bonis libertorum (das in dieſer Stelle angeführte responsum Juliani iſt uns erhalten in Fr. 6 de suis et legitimis).

9) Vergl. Löhr p. 272, Unterholzner p. 89, Huſchke p. 124 ff. — *a*) Durch magna capitis deminutio geht der Erbanſpruch hier ſo gut wie ſonſt verloren (Fr. 21 de iure patronatus; Fr. 4 § 2 de bonis libertorum) und wird durch Reſtitution wiederhergeſtellt: Fr. 21 cit.; Fr. 3 § 7 de bonis libertorum. *b*) Emancipirte Kinder und Enkel behalten das Recht: Fr. 2 § 2 Fr. 5 § 1 Fr. 12 § 7 Fr. 38 p. de bonis libertorum; Fr. 9 p. de iure patronatus. *c*) Das leibliche Kind des Patrons

einer dem Individuum als ſolchem geſchuldeten Dankespflicht. Offenbar in dieſer individuellen Natur der Berechtigung lag

---

behält das Recht, ſelbſt wenn es durch adoptio in fremder Familie ſich befindet: Fr. 39 de bonis libertorum (Terentius lib. 10 ad legem Juliam et Papiam): Patroni filia, si in adoptiva familia sit, ad bona libertorum admittitur. Fr. 50 §. 5 eod. tit. (Tryphoninus): Longe distat ab hoc patroni filius, quem libertus arrogavit et ex minore parte heredem scripsit, quum nemo ex familia alius esset; quamquam enim hic ipso iure, quippe suus, heres deprehendatur, si tamen se non immiscuit hereditati sed abstinuit: quasi patroni tamen filius admittendus est ad contra tabulas bonorum possessionem. [Die Stelle erklärt ſich durch die gewählte, ſchon von Schulting befürwortete Interpunktion; wenn dagegen unſere Ausgaben interpungiren sed abstinuit quasi patroni, tamen rel., ſo bringen ſie Unverſtandenes und Unverſtändliches.] Die Sache beſtätigt Juſtinian in C. 4 § 21 de bonis libertorum. *d*) Der letzte Punkt iſt anders geordnet bei der den liberi gewährten bonorum possessio contra tabulas; in fremde Familie übergegangen hören ſie auf liberi zu ſein in der ihres Vaters (Schmidt, das formelle Recht der Notherben p. 74). Dagegen bei der querela inofficiosi testamenti beſtand hier, wie Juſtinian in C. 10 de adoptionibus uns mittheilt, Meinungsverſchiedenheit. Papinian ſtellte die Zuläſſigkeit in Abrede, Paulus hatte die Frage berührt aber unentſchieden gelaſſen und Marcian ſie mit Unterſcheidungen beantwortet [— antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio, si oporteret talem filium, qui praeteritus a naturali patre fuerat, habere contra eius testamentum de inofficioso actionem? quam Papinianus quidem negat, Paulus autem sine effectu derelinquit, Martianus vero distinguit —. Zuerſt Francke, Recht der Notherben p. 182, dem Mühlenbruch und Vangerow gefolgt ſind, deutet das über Paulus Mitgetheilte anders, nämlich dahin, dieſer Juriſt habe hier die Querel ohne Wirkung gelaſſen. Francke bezieht alſo quam auf actionem; ich glaube, mit der gemeinen Meinung vor Francke, daß es in natürlicher Weiſe zu dubitatio gehöre und daß mithin, wie angegeben, der Sinn ſei, Paulus habe die Frage berührt, aber ohne ſich zu entſcheiden. Dafür ſpricht insbeſondere noch der faſt gleichzeitige Sprachgebrauch Juſtinian's. C. 10 iſt vom September 530; Anfang des vorhergehenden Monats deſſelben Jahres bediente ſich der Kaiſer in C. 34 de inofficioso testamento der ganz analogen Ausdrucksweiſe: Et hoc nonnulli iureconsulti in medium proponentes inhumane reliquerunt]. Für das Pflicht-

auch der Grund, weshalb Juſtinian den Adoptivkindern des Patrons dieſelbe abſpricht.[10]

Für die Reihenfolge der zu Berufenden iſt Gradesnähe bei Juſtinian noch ebenſo abſolut entſcheidend, wie im alten Recht.[11]

Die Frage, nach welchem Zeitpunkte die Perſon des zu Berufenden ſich feſtſtelle, hat die Jurisprudenz nach vorausgegangener Meinungsverſchiedenheit dahin erlediget, daß nicht der Moment der Teſtamentserrichtung, ſondern wie bei der querela inofficiosi testamenti der des Todes zu entſcheiden habe.[12] Das iſt auch das einzig Natürliche; denn der Pflicht-

---

theilsrecht des Patrons war alſo entſchieden, was für das der Verwandten zweifelhaft war.

10) C. 4 § 22 de bonis libertorum.

11) C. 4 § 22 cit.; § 3 I. de successione libertorum. — *a*) Der emancipirte Sohn des Patrons ſchließt ſeinen, in der Gewalt des Großvaters gebliebenen eigenen Sohn ganz aus (die clausula Juliani bleibt hier natürlich außer Anwendung): Fr. 2 § 2 Fr. 5 § 1 de bonis libertorum. *b*) Bei dem aus Miteigenthum frei Gelaſſenen ſind die mehreren patroni zugleich berufen: Fr. 17 eod. tit. *c*) Ebenſo die Kinder gleichen Grades von mehreren Patronen: Fr. 17 cit.; § 3 I. cit. *d*) Der eine Patron ſchließt die Kinder des anderen aus: Fr. 5 Fr. 23 § 1 de bonis libertorum; Fr. 4 § 1 si quid in fraudem patroni. *e*) Eine ſelbſtverſtändliche Ausnahme bringt die assignatio liberti: tit. D. de adsignandis libertis; Fr. 3 § 9 de bonis libertorum (vergl. Löhr p. 275).

12) Fr. 2 § 1 de bonis libertorum (Pomponius): Sed si patronus heres institutus vivo liberto decessisset superstitibus liberis, quaesitum est, an illi contra tabulas testamenti bonorum possessionem petere possint. Et eo decursum est, ut mortis tempus, quo defertur bonorum possessio, spectari debeat, an patronus non sit, ut si sit, ex prima parte edicti liberi eius bonorum possessionem petere non possint. [Die hier erwähnte prima pars edicti iſt die von der contra tabulas bonorum possessio handelnde: Schmidt, das formelle Recht der Notherben, p. 105.] Eine Anwendung dieſes Satzes liegt auch in Fr. 16

theil iſt eine Schuld des ſterbenden Freigelaſſenen, Demjenigen zu zahlen, der in dieſem Zeitpunkte die Patronatsrechte an ihm auszuüben hat. Wenn im Teſtament gehörig berückſichtigt iſt, wer im Augenblick des Todes des Freigelaſſenen als Patron erſcheint, ſo iſt der rechtlichen Pflicht vollkommen genügt, alſo die bonorum possessio contra tabulas ausgeſchloſſen. Fehlt hingegen dieſe Berückſichtigung und iſt mithin die Delation der bonorum possessio inſoweit begründet, ſo tritt auch das successorium edictum in Wirkſamkeit, d. h. ſofern der zuerſt Berufene die contra tabulas bonorum possessio entweder nicht annehmen will oder nicht mehr annehmen kann, ſo rückt der Nächſtberufene nach aus eigenem Rechte:[13]

---

§ 11 eodem tit., welche Stelle nach der Florentina ſo lautet: Si patronus sit substitutus et patronus vivo testatore decesserit, filium patroni petentem contra tabulas bonorum possessionem non solius substituti partem occupare, verum omnibus heredibus pro parte aliquid auferre constat. [Die Eingangsworte dieſer Stelle, obgleich von der Florentina ſo gegeben und von den Baſiliken geſtützt (49, 4, 13), enthalten offenkundig einen Fehler. Denn abgeſehen von der unleidlichen Wiederkehr des nach dem jetzigen Text ganz überflüſſigen zweiten patronus, kann man dem Subſtituten nur dann etwas wegnehmen, wenn er den Teſtator überlebt und der Inſtitut geſtorben iſt, nicht aber, wie nach dem gegenwärtigen Text, im umgekehrten Falle. Der Fehler wird ſchon von dem Abſchreiber der Kompilatoren durch falſche Löſung der in der zu kopirenden Handſchrift gebrauchten Abkürzungen gemacht worden und der Anfang ſo zu ſchreiben ſein: Si patrono sit substitutum. Schon Pothier ſchlägt patrono vor.] Es wird daher zur ſicheren Vermeidung der contra tabulas bonorum possessio dem Freigelaſſenen gerathen, dem auf den Pflichttheil eingeſetzten Patron die Kinder deſſelben zu ſubſtituiren: Fr. 5 p. eod. tit.

13) Fr. 2 p. de bonis libertorum (Pomponius): Si patronus a liberto praeteritus bonorum possessionem petere potuerit contra tabulas et antequam peteret decesserit vel dies ei bonorum possessionis agnoscendae praeterierit, liberi eius vel alterius patroni petere poterunt ex illa parte edicti, qua primis non petentibus aut etiam nolentibus ad se pertinere, sequenti-

ein Satz, aus welchem ſich ergibt, daß auf dieſem Wege pflichttheilsberechtiget werden kann, wer im gegebenen Fall nicht der nächſte Inteſtaterbe ſein würde. Demnach iſt das Verhältnis in der Hauptſache den bei der querela inofficiosi testamenti geltenden Regeln entſprechend.[14]

Die ſo als Patrone pflichttheilsberechtigten Perſonen

---

bus datur atque si priores ex eo numero non essent. In den Worten non petentibus aut etiam nolentibus kann man geneigt ſein eine Tautologie zu erkennen (anſcheinend nahe liegt non potentibus; für den Sprachgebrauch Fr. 10 § 1 de compensationibus). Eine genauere Betrachtung ergibt die Richtigkeit des Textes. Vergleichen wir nämlich Fr. 1 § 10 de successorio edicto, welche Stelle offenbar der Faſſung des Edikts genau nachgebildet iſt [Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit], ſo finden wir, daß in unſerer Stelle ſowohl die Worte atque si priores ex eo numero non essent als auch die anderen, um welche es ſich hier handelt, auf den Ausdruck des successorium edictum unmittelbar gegründet ſind und daß der gute Sinn des letzteren iſt: die an zweiter Stelle Stehenden rücken in zwei Fällen nach; erſtens, wenn die an erſter Stelle Berufenen innerhalb der Ediktszeit die bonorum possessio nicht gebeten, zweitens wenn ſie erklärt haben, daß ſie dieſelbe überhaupt nicht wollen [Fr. 1 § 11 de successorio edicto ſagt: exclusus est tempore aut repudiatione]. Dabei beſteht der praktiſche Unterſchied, daß, während im erſten Fall die Nächſten erſt nach Verlauf der hundert Tage berufen ſind, im zweiten die Nachrückenden die bonorum possessio ſofort verlangen können, ſobald jene Verzichtleiſtung erfolgt iſt (Fr. 1 § 6. 12 eod. tit.) — Ein bemerkenswerthes Beiſpiel dieſes Nachrückens auf Grund des successorium edictum gibt Fr. 3 § 9 de bonis libertorum am Schluß, wo freilich unſere Ausgaben wieder einmal Sinnloſes bieten, wenn ſie ſchreiben, amplius dicendum est, etiamsi omiserit frater bonorum possessionem, alter frater, cui assignatus, non potest succedere et contra tabulas bonorum possessionem petere; ſchon Accurſius und Cujaz haben gezeigt, daß hier geleſen werden müſſe alter frater, cui assignatus non est, potest succedere, wie auch die Baſiliken (49, 4, 2) vorausſetzen.

14) Vergl. Fr. 14 Fr. 31 de inofficioso testamento.

ſtehen zuſammen auf der einen Seite, die teſtamentariſchen Erben zuſammen auf der anderen; jeden von beiden iſt ein getrennter Theil des Nachlaſſes zugewieſen, faſt wie wären es zwei getrennte Erbſchaften. Von dem dem Patronatsrechte überwieſenen Theil haben die gleichzeitig Berufenen je einen Kopftheil zu beanſpruchen. Das gilt ſchlechthin; namentlich auch dann, wenn die mehreren berufenen Patrone Eigenthümer des Sklaven zu ungleichen Theilen geweſen,[15] ebenſo wenn die mehreren Patrone eine ungleiche Anzahl von Kindern hinterlaſſen.[16]

Wenn einer der mehreren zugleich Berufenen die contra tabulas bonorum possessio nicht erbittet, ſo akkreſcirt ſein Theil den anderen;[17] natürlich unter der Vorausſetzung, daß

---

15) C. 4 § 19 de bonis libertorum.

16) C. 4 § 19 cit.; § 3 I. de successione libertorum.

17) *a*) Die mehreren zuſammen Berufenen erhalten die konſtante Größe des Pflichttheils als una pars, in welche ſie ſich nach viriles partes theilen: Fr. 4 § 1 si quid in fraudem patroni. *b*) Fällt einer der mehreren Berufenen vor dem Erwerb weg, ſo tritt Akkreſcenz ein zu Gunſten der übrigen: Fr. 4 § 1 cit. (Ulpianus): Et si plures patroni sunt, omnes unam partem habebunt; sed si viriles non petent, portio ceteris accrescet. Quod in patronis dixi, et in liberis patroni est; sed non simul venient, sed patronis deficientibus. Fr. 21 de bonis libertorum (Julianus): Ex tribus patronis uno cessante bonorum possessionem petere, duo aequas partes habebunt. [Zwar leugnet Witte, Rechtslexikon I, p. 284, daß ſich hier von einem Akkreſciren reden laſſe, allein ſeine Gründe ſcheinen mir nicht überzeugend und Ulpian in Fr. 4 cit., desgleichen Hermogenian in Fr. 21 der folgenden Anmerkung ſprechen entſchieden davon]. *c*) Da in dem Inteſtaterbrecht Gradesnähe entſcheidet, ſo geht die Akkreſcenz an den Mitpatron der Succeſſion der Kinder des ausgeſchloſſenen Patrons nothwendigerweiſe vor: Fr. 4 § cit. *d*) Hierher gehört auch Fr. 24 de bonis libertorum (Julianus), welches man gewöhnlich misverſteht. Es lautet in unſeren Ausgaben: Communi liberto, si ex duobus patronis alter iusiurandum exegerit, ne uxorem ducat, vel vivo liberto decesserit is, qui

ſie in der Lage ſind, dieſe bonorum possessio aus eigenem Rechte nachzuſuchen.[18] Aber niemals geht die Akkreſcenz über den Betrag der ganzen Pflichttheilsquote hinaus: der Reſt gebührt den teſtamentariſchen Erben.[19]

---

extra hanc culpam fuerit, vel supervixerit, partis utrique debitae bonorum possessionem solus habebit. Cujaz (observ. XXV, 35) und nach ihm Fuchs (kritiſche Studien zum Pandektentexte, p. 56) gehn von der Vorausſetzung aus, Julian ſpreche lediglich von dem einen Fall, wo von zwei Patronen einer dem Freigelaſſenen den Eid ne uxorem ducat abgenommen und wollen deshalb emendiren; Cujaz will durch Tanspoſition leſen vel vivo liberto decesserit vel supervixerit und Fuchs, der hierin ein Muſter der Transpoſition ſieht, will überdies noch et vor vivo hinzufügen. Aber die Stelle gehört in die erſte Abtheilung der Fuchs'ſchen Schrift, ihr iſt nämlich einfach zu helfen durch gehörige Interpunktion: Communi liberto si ex duobus patronis alter iusiurandum exegerit, ne uxorem ducat, vel vivo liberto decesserit: is, qui extra hanc culpam fuerit vel supervixerit, partis utrique debitae bonorum possessionem solus habebit. Danach ſpricht der Juriſt von zwei verſchiedenen Fällen nebeneinander, nämlich erſtens von dem, wo der eine Patron wegfällt, weil er den verbotenen Eid abnahm, zweitens von dem andern, wo der eine Patron durch den Tod wegfällt; in beiden iſt die Wirkung die gleiche: der allein übrigbleibende Patron erhält nunmehr den Pflichttheil ganz.

18) Fr. 21 § 2 de iure patronatus (Hermogenianus): Ex duobus patronis unus ex debita parte heres institutus sine conditione et dilatione, contra tabulas bonorum possessionem petere non poterit, licet, si minor ei portio esset relicta, et contra tabulas bonorum possessionem petiisset, alia etiam portio ei accrescere potuisset. Die debita pars, auf welche der eine Patron eingeſetzt iſt, iſt die auf ſeinen Kopf kommende Quote des Pflichttheils; daher kann er nur die secundum tabulas bonorum possessio erbitten, nicht die contra tabulas. Daraus folgt, daß ihm die Portion des anderen, im Pflichttheil verletzten Patrons nicht akkreſciren könne; denn Akkreſcenz iſt immer nur die Vergrößerung deſſen, was man hat: wem die secundum tabulas bonorum possessio zuſteht, dem kann aus einem gegen das Teſtament gerichteten Grunde nicht akkreſciren.

19) Fr. 6 p. de bonorum possessionibus. Unterholzner p. 95.

II. Aehnlich wie es bei der querela inofficiosi testamenti Rechtens, kann der Patron ſeines Anrechts auf die bonorum possessio contra tabulas aus in ſeiner Perſon gelegenen Gründen verluſtig gehen. Dabei laſſen ſich zwei allgemeine Kategorieen unterſcheiden: erſtens, der Verluſt erfolgt zur Strafe für den Berechtigten;[20] zweitens, er erfolgt auf Grund ſeines eigenen Willens.

Was den Verluſt zur Strafe anlangt, ſo iſt zunächſt vorauszuſchicken, daß wir die denſelben herbeiführenden Gründe niemals dem Ermeſſen des Richters überlaſſen finden; ſie waren vielmehr von Anfang an poſitiv feſtgeſtellt.[21] Von den einzelnen in Pandekten und Codex angeführten Gründen ſind folgende beſonders hervorzuheben.

Von fünf derſelben wiſſen wir theils mit mehr theils mit weniger großer Sicherheit, daß ſie ſchon im Edikt aufgeſtellt, jedenfalls in der lex Papia beſonders hervorgehoben waren.[22] Dieſe Fälle ſind:

---

20) In C. 3 de bonis libertorum charakteriſirt Juſtinian dieſe Fälle als casus, per quos poenalibus modis ius patronatus quasi ab indignis patronis eripitur.

21) Das war deshalb nothwendig, weil die Richter ihrer ganzen Lebensſtellung nach geneigt ſein mußten für die patroni Partei zu nehmen.

22) Die Hauptſtelle, Fr. 9 § 1 de iure patronatus (Modestinus lib. 9 regularum), ſagt, drei hierher gehörige Fälle aufzählend: Ut in bonis liberti locum quidam non haberent, lege excipiuntur: rei capitalis damnatus si restitutus non est, si index cuius flagitii sit fueritve, vel maior annis viginti quinque quum esset capitis accusaverit libertum paternum. Daß die hier erwähnte lex die Papia ſei, ergibt ſich aus den beiden folgenden Fragmenten, welche beide denſelben Gegenſtand behandeln und von denen das erſte die Inſkription hat Terentius Clemens lib. 9 ad legem Juliam et Papiam, das andere Ulpianus lib. 10 ad legem

a. Wenn der Patron eines Kapitalverbrechens wegen verurtheilt und nicht reſtituirt worden iſt;[23]

b. Si index cuius flagitii sit fueritve[24] d. h. wer ſeinen Freigelaſſenen als Mitſchuldigen denuntiirt hat, um ſich dadurch die von dem betreffenden Geſetz dem Angeber verſprochene Befreiung von Strafe zu verſchaffen.[25]

c. Wenn der volljährige[26] Sohn des Patrons, nicht der Patron ſelbſt,[27] gegen den väterlichen Freigelaſſenen[28] die Anklage

---

Juliam et Papiam. Damit ſtimmt Fr. 17 eod. tit., welches einen dieſer Fälle, den Verluſt des Rechts wegen capitis accusatio behandelnd und ihn ebenfalls aus einer lex ableitend die Inſkription hat Ulpianus lib. 11 ad legem Juliam et Papiam. Gerade dieſer Fall wird übrigens hier und in Fr. 14 § 6 Fr. 15 de bonis libertorum auf das Edikt zurückgeführt. — Ueber den Urſprung der beiden anderen Fälle wird nachher geſprochen werden.

23) Fr. 9 § 1 cit. Vergl. Anmerkung 9.

24) Fr. 9 § 1 cit.

25) Dieſer Sinn ergibt ſich aus Cicero de divinatione in Q. Caecilium cap. 11 und aus Asconius ad h. l. [Index est autem, qui facinoris, cuius ipse est socius, latebras indicat impunitate proposita.] Vergl. dazu Geib, Geſchichte des römiſchen Criminalprozeſſes p. 104; Zumpt, das Criminalrecht der römiſchen Republik I, 2 p. 144 ff. — Die Gloſſe, Pothier u. A. haben unſere Stelle nicht verſtanden; ſchon die Basil. 49, 1, 9 haben ſie misverſtanden, denn ſie deuten dieſen Satz des Fr. 9 als eine Exemplifikation des folgenden.

26) Fr. 9 § 1 cit.; Fr. 17 cit.

27) Fr. 9 § 1, wo die Erforderniſſe in der Sprache des Geſetzes prägnant zuſammengeſtellt werden, ſagt si accusaverit libertum paternum. Nur des Sohnes gedenken: Fr. 10 § 11 de in ius vocando; Fr. 5 § 23 de agnoscendis. Eine vollkommene Beſtätigung der Beſchränkung auf den Sohn bringt Fr. 33 § 1 de fideicommissariis libertatibus, deſſen Sinn iſt: „Wo das Rubrianum senatusconsultum in Anwendung kommt, da gilt der mit der fideicommissaria libertas Bedachte wie wäre er vom Erblaſſer direkt freigelaſſen. Das bringt dem Onerirten immer und insbeſondere auch dann Schaden, wenn er der Sohn des Erblaſſers iſt; denn nun hat er lediglich die Stellung des filius manumisso-

eines Kapitalverbrechens[29] erhoben und bis zu Ende durchgeführt,[30] dieſelbe aber als eine kalumniöſe[31] ſich erwieſen hat.[32]

---

ris, welche in manchen Beziehungen ungünſtiger iſt als die des manumissor, z. B. wenn er eine Kapitalanklage wider den Freigelaſſenen kalumniös erhebt, ſo verliert er die bonorum possessio contra tabulas liberti, was nicht der Fall ſein würde, wäre er ſelber der Freilaſſer." [Die Stelle erklärt unrichtig Bach in Traiano p. 110]. Dieſe Beſchränkung auf den Sohn hat auch Juſtinian in C. 4 § 8 de bonis libertorum; desgleichen findet ſie ſich in den Baſiliken (48, 4, 33). Sie iſt richtig erkannt worden von der Gloſſe (ad Fr. 33 § 1) und von Cujaz (obs. IV, 13 vergl. XX, 34). Dagegen neuere Schriftſteller, (z. B. Pothier ad tit. de iure patronatus, III, 2; Zimmern, Rechtsgeſchichte I, § 217; Walter, Rechtsgeſchichte II § 500; Burchardi, Syſtem § 355) wiſſen von ihr nichts, ſondern ſprechen von dem Patron ſchlechthin. Allerdings ſagt Fr. 14 p. de bonis libertorum: Qui libertum capitis accusaverit; daß aber auch hier, wie ſchon Schulting nach Cujaz bemerkt, nur der libertus paternus gemeint ſei, ergibt ſich aus § 4—11 derſelben Stelle. Ebenſo nennt Fr. 10 de iure patronatus ſchlechthin den patronus; aber gerade die unmittelbar vorhergehende Stelle enthält die nöthige Begrenzung.

28) Er muß ſchon paternus libertus ſein zur Zeit der Anklage; war er damals noch Sklav, ſo iſt die Sache indifferent: Fr. 51 de bonis libertorum (misverſtanden von Bas. 49, 4, 47).

29) Als Kapitalanklage gilt nur diejenige, wo das Geſetz den Verbrecher mit einer, mindeſtens eine media capitis deminutio enthaltenden Strafe bedroht: Fr. 10 de iure patronatus; Fr. 14 § 3 de bonis libertorum [mors: Fr. 10 cit.; supplicium (nämlich summum Bas. θάνατος): Fr. 14 cit.; condemnatio in metalla: Fr. 48 de bonis libertorum; exilium (quod sit vice deportationis): Fr. 10 cit.; Fr. 14 cit.] Iſt die Kapitalſtrafe nicht vom Geſetz ausgeſprochen, ſondern vom Richter willkürlich verhängt worden, ſo bringt das keinen Schaden: daraus erklärt ſich das habuit in Fr. 14.

30) Das Geſetz ſelbſt ſagte: si capitis accusaverit libertum paternum (Fr. 9 § 1 cit.) *a*) Ein Theil der römiſchen Juriſten blieb bei der eigentlichen Bedeutung von accusare ſtehen, er nahm es als vollendet an mit der nominis delatio: ſo nach Fr. 10 de iure patronatus (Terentius Clemens lib. 9 ad legem Juliam et Papiam) Proculus und Servilius [an dem letzten Namen hat man mehrfach Anſtoß genommen und dafür entweder Cervidius

d. Wenn[33] ein volljähriger[34] filius patroni[35] den im Beſitz der Freiheit befindlichen Freigelaſſenen durch gerichtliche

---

oder Celsi filius leſen wollen, vergl. Schulting ad h. l.; ohne Grund, wie ich glaube]. *b*) Eine andere Anſicht faßte dagegen den Begriff in einer den patroni filius begünſtigenden Weiſe dahin, daß als accusator erſt zu gelten habe, wer den Prozeß bis zu Ende durchgeführt: ſo Ulpian in Fr. 14 § 8 de bonis libertorum, welcher zugleich bezeugt, daß dieſe Auslegung die in der Praxis übliche ſei. *c*) Nach deſſelben Ulpian an derſelben Stelle ausgeſprochenen Auffaſſung fällt unter den Begriff des gemisbilligten accusare, wer einen Anderen als Ankläger vorſchiebt oder in dem Kapitalprozeß Zeugnis wider den Freigelaſſenen ablegt: Fr. 14 § 5 eod. tit. *d*) Dagegen lediglich den Dienſt eines Advokaten leiſten iſt kein accusare: Fr. 14 § 9 eod. tit.

31) Dieſes Erfordernis verdankt ſeinen Urſprung einer im Sinne des Geſetzgebers vorgenommenen, beſchränkenden Interpretation. Das ſpricht geradezu aus Tryphoninus in Fr. 15 de bonis libertorum: de calumniatore enim sensit praetor; es wird vorausgeſetzt in Fr. 14 § 6. 7 Fr. 47 § 1 eod. tit. und beſtätiget durch Fr. 14 § 11, weil danach die contra tabulas bonorum possessio hat, wer das crimen bewies. — Die Gloſſe zu Fr. 14 p. und Cujaz (obs. IV, 13) haben auch hier richtig geſehen, dagegen Burchardi § 355 iſt es entgangen.

32) Er verliert nicht nur das Pflichttheilsrecht (Fr. 10 de iure patronatus; Fr. 47 de bonis libertorum; Fr. 33 § 1 de fideicommissariis libertatibus), ſondern auch das Inteſtaterbrecht, ſelbſt das aus den Zwölftafeln ſtammende: Fr. 11 de iure patronatus. Basil. 49, 1, 11.

33) *a*) Gewiß iſt, daß das Edikt dieſes Falls gedachte: C. 4 § 8 de bonis libertorum; Fr. 14 Fr. 16 de bonis libertorum (Ulpianus lib. 45 ad edictum). *b*) Daß auch die lex Papia ihn hervorgehoben, iſt wenigſtens wahrſcheinlich; vergl. namentlich Fr. 16 § 4 de bonis libertorum, wo ein kaiſerliches Reſkript dieſen Fall mitten unter ſolche ſtellt, deren die lex Papia entſchieden Erwähnung that. *c*) Die Nichterwähnung in Fr. 9 § 1 de iure patronatus iſt kein Gegengrund; denn dieſe Aufzählung iſt ausgemachterweiſe nicht vollſtändig: vergl. Anmerkung 39.

34) Fr. 14 p. de bonis libertorum.

35) Auch dieſer Fall bezieht ſich nur auf den libertus paternus: Fr. 9 Fr. 16 § 4 Fr. 30 de bonis libertorum; Fr. 33 de fideicommissariis libertatibus; C. 4 § 8 de bonis libertorum. Manche, z. B. Pothier ad 37, 14 art. III § 3, wiſſen auch von dieſer Beſchränkung nichts.

Klage als ſeinen Sklaven in Anſpruch nimmt,[36] in der Abſicht ihm eine Kränkung zuzufügen,[37] und dieſe Klage bis zum Urtheil durchführt.[38]

e. Wenn[39] der Vater ſein Kind wirkſam exheredirt hat,[40]

---

36) *a*) Ueberall wo die Klage ſich auf die Behauptung gründet, der Freigelaſſene ſei Sklav; daher auch bei der vindicatio in partem und bei der vindicatio ususfructus: Fr. 16 § 1 de bonis libertorum. *b*) Aber überall nur dann, wenn der Freigelaſſene im Beſitz der Freiheit ſich befindet, nicht dagegen, wenn der Betreffende der Freiheitsklage des in thatſächlicher Sklaverei befindlichen Freigelaſſenen widerſpricht; der Ausdruck des Edikts war wahrſcheinlich si in servitutem petierit: Fr. 16 p. cit.

37) Dieſe Beſchränkung, dem Charakter des vorhergehenden und dem des folgenden Falles entſprechend, erweiſt ſich namentlich durch Folgendes: *a*) Wer die vindicatio in servitutem lediglich in der Abſicht vornahm, ut causam evictionis sibi conservet, der iſt von der Strafe frei, weil frei von der Abſicht zu injuriiren: Fr. 30 de bonis libertorum; Fr. 26 de liberali causa; Fr. 12 de iniuriis. *b*) Wer mit Unrecht geſiegt hat, der iſt nur dann frei, wenn er ſeit Erkenntnis der Wahrheit dem Freigelaſſenen die Freiheit thatſächlich zurückgab: Fr. 16 § 2 de bonis libertorum.

38) Fr. 16 § 3 de bonis libertorum. Alſo auch hier dieſelbe Entwickelung, wie im vorigen Fall. [Den Verluſt der bonorum possessio contra tabulas für den Fall des Vorhandenſeins der unter dieſer Nummer aufgeſtellten Erforderniſſe ſprechen namentlich aus: C. 4 § 8 de bonis libertorum. Fr. 9 Fr. 14 p. Fr. 16 § 1 eod. tit.; Fr. 33 § 1 de fideicommissariis libertatibus.]

39) *a*) Der Fall beruht auf Edikt und Geſetz: Fr. 42 p. de bonis libertorum. *b*) Das Geſetz iſt offenbar die lex Papia; denn während Ulpian davon ſpricht im 44. Buch ad edictum (Fr. 10 Fr. 12 eod. tit.), handelt Terentius Clemens davon im 10. Buch ad legem Juliam et Papiam (Fr. 38 Fr. 40 eod. tit.).

40) *a*) Das Kind muß exheredirt ſein: tritt es nur die väterliche Erbſchaft nicht an oder abſtinirt ſich, ſo hat ihm der Vater nichts entziehen wollen (Fr. 12 § 7 de bonis libertorum; Fr. 9 p. de iure patronatus); Exheredation des Enkels bei Lebzeiten des Sohnes genügt (Fr. 27 de bonis libertorum). *b*) Die durch Präterition im Teſtament des Soldaten exheredirten Kinder ſind nach Fr. 12 p. de bonis libertorum (Ulpianus) von den bona libertorum ausgeſchloſſen; dagegen nach Fr. 47 § 4 eod. tit. (Paulus) ſind ſie es nicht. Cujaz (obs. XIV, 5) will die zweite Stelle

ſo ſoll darin in der Regel (d. i. bei non bona mente facta exheredatio) die mittelbare und wirkſame Erklärung gefunden

---

durch Einſchiebung von non mit der erſten in Uebereinſtimmung bringen, aber er erhält dadurch einen ſchon ſprachlich unglaublichen Text [Idem responsum non est etiam de bonis libertorum paternorum]. Schon die Baſiliken (49, 4, 19) haben hier geleſen wie unſer Text lautet. Dagegen iſt Fr. 12 p. in der Florentina von ſpäterer Hand hinzugefügt; die Baſiliken (49, 4, 9) übertragen das ganze Fragment, aber gerade mit Weglaſſung des Principium, ein ziemlich ſicheres Zeichen dafür, daß damals dieſer Satz im corpus iuris ſich nicht vorfand. Daher werden wir die Billigkeitsentſcheidung von Fr. 47 für die Juſtinian's halten müſſen. c) Die Exheredation muß wirkſam werden: fällt das Teſtament, ſo fällt auch die darin ausgeſprochene Exheredation (Fr. 12 § 5 de bonis libertorum; Fr. 20 p. de bonorum possessione contra tabulas); theilweiſe Beſeitigung des Teſtaments durch die querela inofficiosi testamenti läßt die Exheredation beſtehen (Fr. 12 § 4 de bonis libertorum; cfr. C. 4 § 24 eod. tit.). d) Ob die Wirkung der exheredatio dadurch beſeitiget werde, daß der exheredirte Sohn von ſeinem inſtituirten Bruder ſich arrogiren läßt und nunmehr als Enkel des Freilaſſers auftritt, war unter den Römern ſelbſt beſtritten. Das hierher gehörige Fr. 42 p. de bonis libertorum (Papinianus lib. 13 quaestionum) befindet ſich in einem ſehr verderbten Zuſtande: Filius, qui patri heres extitit, fratrem exheredatum arrogavit atque ita herede eo relicto defunctus est; bonorum possessione libertum [So die Florentina; dagegen die Vulgata und Huſchke p. 54 possessionem liberti, Löhr p. 274 possessionem libertorum] patris naturalis exheredatus non habebit; nam cui non exheredato talis adoptio noceret [Löhr und Huſchke vermuthen non noceret, eine durch Verdoppelung eines Buchſtabens herbeigeführte Aenderung], nocere debet et [dieſes et hat Halvander, in der Florentina fehlt es] exheredato, quoniam poena, quae legibus aut edicto irrogaretur, adoptionis remedio non oblitteraretur. Paulus notat: ei, qui alio iure venit quam eo, quod amisit, non nocet id, quod perdidit, sed prodest quod habet; sic dictum est, patrono eodemque [Hal. eidemque] patronae filio non obesse quod quasi patronus deliquit, si ut patronae filius venire possit. Die angegebenen Korrekturen von Löhr und Huſchke ſind abſolut nothwendig, aber meines Erachtens nicht zureichend; denn auch noch nach dem ſo verbeſſerten Text wäre es die adoptio, welche den Schaden zufügt, während doch nicht ſie das thut, ſondern die exheredatio. Ich vermuthe deshalb, daß ſtatt exheredato zu leſen ſei exheredatio

werden, es ſei das Kind auch der bonorum possessio contra tabulas liberti paterni unwürdig.[41]

[eine Konjektur, die ich jetzt auch bei Fuchs a. a. O. p. 59 finde] und daß das vorhergehende et der Vulgata in ei zu verwandeln ſei, [dieſes et wird einer Verdoppelung der beiden vorhergehenden Buchſtaben entnommen worden ſein, ei liegt faſt ebenſo nahe]. Das gibt folgenden einleuchtenden Text: bonorum possessionem liberti patris naturalis exheredatus non habebit; nam cui non exheredato talis adoptio **non** noceret, nocere debet **ei** [scil adoptato] exheredatio, quoniam poena, quae legibus aut edicto irrogaretur, adoptionis remedio non oblitteraretur. Demnach ſagt Papinian, der Adoptirte ſei ausgeſchloſſen, denn die nota exheredationis hafte an ſeiner Perſon. Dem aber widerſpricht Paulus in dem Folgenden, ſo argumentirend: er hat durch die exheredatio im väterlichen Teſtament ſein Recht als patroni filius verloren, aber durch die adoptio erwirbt er ein neues, von der exheredatio nicht berührtes Recht als patroni nepos. Dafür beruft ſich der Juriſt auf einen analogen Fall: wer gleichzeitig patronus und patronae filius bei Lebzeiten ſeiner Mutter eine Handlung begeht, welche ihn des Rechts als patronus verluſtig macht, der kommt, wenn der Erbfall nach dem Tode ſeiner Mutter eintritt, doch noch als patronae filius zur Erbfolge. [Mit dieſer Auffaſſung der Pandektenſtelle ſtimmen die Baſiliken (49, 4, 38) der Hauptſache nach überein. Anders Huſchke a. a. O. p. 54 ff. Nach ihm hat Paulus die Entſcheidung Papinian's gebilliget und lediglich einen Zuſatz gemacht, um jene vor einer falſchen Auslegung zu bewahren. Allein gerade der entſcheidende Grund, deſſen ſich Paulus bedient, iſt meines Erachtens gegen Papinian gerichtet; alio iure venit, ſagt er, d. h. der Betreffende tritt nicht in der Eigenſchaft eines enterbten Sohnes auf, ſondern in der eines nicht enterbten Enkels.] Aber dieſer Ausſpruch der Pandekten kann keine Gültigkeit mehr haben in dem Rechte Juſtinian's, weil dieſer Kaiſer, wie ſchon bemerkt, die Adoptivkinder des Patrons von der Erbfolge ausſchließt, der filius naturalis patroni aber hier nicht in dieſer ſeiner Eigenſchaft, ſondern als Adoptivenkel des Patrons berufen wird.

41) Die Baſis iſt der väterliche Wille, welcher in der Form der exheredatio das Kind für unwürdig dieſes Pflichttheils erklärt: Fr. 12 § 6 Fr. 47 p. de bonis libertorum [das Maßgebende des väterlichen Willens auf dieſem Gebiet zeigt ſich nach einer anderen Seite hin in der assignatio liberti]. *a*) Daher hat nur die mala mente notae causa facta exheredatio dieſe Wirkung (Fr. 47 p. eod. tit., nicht z. B. die furoris oder impubertatis

Für drei weitere Fälle ist uns die Nachricht erhalten, daß hier die lex Aelia Sentia den Verlust angeordnet:

a. Wenn der Patron dem Freigelassenen das Versprechen abgenommen hat, nicht zu heirathen.[42]

b. Wenn derselbe es unterläßt, den bedürftigen Freigelassenen zu alimentiren.[43]

---

causa facta, desgleichen nicht die im zweiten Grad ausgesprochene gegenüber einem im ersten Grad instituirten Kind: Fr. 12 § 2. 6 eod. tit. *b*) Weil der väterliche Wille die Basis bildet, deshalb ist auch die der notae causa facta exheredatio entweder mittelbar oder unmittelbar beigegebene Erklärung, das Kind solle das Recht am Freigelassenen behalten, von rechtlicher Wirksamkeit: Fr. 12 § 1 Fr. 40 eod. tit.; Fr. 1 § 5 de assignandis libertis. *c*) Aus gleichem Grund verliert das Kind dieses Pflichttheilsrecht nicht, wenn es vom Vater eingesetzt die väterliche Erbschaft nicht annimmt: Fr. 12 § 7 de bonis libertorum. *d*) Aber die Bedeutung der exheredatio wird dadurch nicht vermindert, daß der exheredirte Sohn die Erbschaft durch eine andere Person mittelbar erhält: Fr. 13 eod. tit. *e*) Die Wirkung der exheredatio reicht so weit, als der Wille des Exheredirenden rechtlichen Umfang hat: *α.* Der filius exheredatus ist von den bona libertorum paternorum ausgeschlossen: Fr. 10 § 1 Fr. 12 § 3. 4 Fr. 13 Fr. 38 p. eod. tit. *β.* Der nepos exheredatus von den bona libertorum avitorum, während er die bona liberti paterni behält: Fr. 10 § 1 Fr. 27 eod. tit. *γ.* Der filius a patre exheredatus erhält auch die bona liberti aviti dann nicht, wenn der Vater den Großvater beerbt hat; denn diese liberti bona kann er nicht anders als durch den Vater erhalten: Fr. 10 § 1 eod. tit. [Löhr p. 277 findet den letzten Satz sehr auffallend, weil er seine Natur nicht vollständig erkannt hat.]

42) *a*) Das Verbot stammt aus der lex Aelia Sentia: Fr. 15 de iure patronatus, Basil. 49, 1, 15; Fr. 3 § 5 de suis, Basil. 45, 1, 16, Schol. 6. 7. *b*) Den Inhalt des Verbots bildet die eidliche Abnahme des Versprechens nicht zu heirathen: Fr. 6 Fr. 15 de iure patronatus; Fr. 3 § 5 cit.; Fr. 31 Fr. 32 qui et a quibus. *c*) Die Folge ist Verlust der Patronatsrechte, insbesondere der hierher gehörigen bonorum possessio: Fr. 6 § 2 de iure patronatus; Fr. 3 § 5 cit. mit den dazu gehörigen Schol. Bas.; Fr. 24 de bonis libertorum; C. 4 § 5 eod. tit.

43) *a*) Die Strafe stammt aus der lex Aelia Sentia: Fr. 33

c. Sich bei der Freilaſſung von dem Freigelaſſenen Geld verſprechen laſſen, war dem Patron ſchon nach dem vor der lex Aelia geltenden Rechte unterſagt, dagegen das Verſprechen von operae war erlaubt.[44] In dem nachmals üblich gewordenen Verſprechen einer merces pro operis lag lediglich eine Umgehung dieſes Verbots. Die lex Aelia[45] ſprach nun aus, welcher Patron ſo weit gehe, dieſes ungültig verſprochene Geld[46] einzutreiben,[47] der ſolle ſeiner Patronatsrechte, insbeſondere der contra tabulas bonorum possessio verluſtig gehen.[48]

Endlich finden wir einzelne der ſonſt im Erbrecht anerkannten Gründe der Indignität auch hier angewendet, jedoch in der Art, daß dem Patron überhaupt die Delation der

---

de bonis libertorum. b) Die Strafe beſteht im Verluſt der libertatis causa imposita, der hereditas und der bonorum possessio, die ex testamento natürlich ausgenommen: Fr. 33 cit.; Fr. 6 p. de agnoscendis. c) Ein Reſkript von Alexander ſprach überhaupt den Verluſt des ius patroni aus: Fr. 5 § 1 de iure patronatus.

44) Vergl. Abſchnitt I, Anm. 19 ff.

45) Das Verbot ſtammt aus der lex Aelia Sentia: Fr. 32 § 1 qui et a quibus manumissi liberi non fiunt et ad legem Aeliam Sentiam; Schol. Basil. ad 48, 7, 32; Fr. 6 § 1 de iure patronatus (Paulus lib. 2 ad Aeliam Sentiam).

46) Verboten iſt das obligare ad mercedem, nicht die Annahme des von dem Freigelaſſenen ſtatt der geſchuldeten operae freiwillig angebotenen Geldes: Fr. 33 § 1. 2 qui et a quibus; Fr. 6 § 1 de iure patronatus. Das locare operas liberti fällt in der Regel unter das Verbot: Fr. 25 de operis. Vergl. C. 4 § 5 de bonis libertorum.

47) Fr. 32 de operis; Fr. 5 § 22 de agnoscendis; C. 1 de operis.

48) Verluſt der Patronatsrechte: Fr. 5 § 22 cit.; Bas. 48, 7, 32; insbeſondere der bonorum possessio contra tabulas: Fr. 32 de operis

contra tabulas bonorum possessio entzogen wird. Hierher gehören folgende Fälle:

a. Der Patron, welcher den rechtsbeständigen letzten Willen des Freigelassenen als unecht angefochten hat.[49]

b. Der Patron, welcher es unterläßt, die Ermordung des Freigelassenen gerichtlich zu verfolgen.[50]

c. Wer honorirt ist, damit er eine bestimmte Vormundschaft übernehme, aber sich von derselben exkusirt, dem wird das ihm Hinterlassene eripirt zu Gunsten dessen, der es ohne seine Honorirung erhalten hätte.[51] Wenn nun Jemand, im Testament zum Tutor ernannt und dafür mit dem Legat eines von ihm frei zu lassenden Sklaven bedacht, zwar das Legat annimmt und die Freilassung vollzieht, aber der Tutel durch excusatio sich dennoch entzieht: so war der obige allgemeine Satz offenbar nicht ohne weiteres anwendbar. Aber vollkom-

---

49) Fr. 19 p. de bonis libertorum (Ulpianus lib. 4 disputationum): — — non est ambiguum, contra tabulas ei non deferri bonorum possessionem. Conf. Basil. 49, 4, 15.

50) Fr. 37 § 1 de bonis libertorum (Ulpianus lib. 11 ad legem Juliam et Papiam): Si libertus heredem scripserit isque priusquam de familia quaestionem haberet adierit hereditatem, patronum ad bonorum possessionem contra tabulas non admitti, Julianus ait; debuit enim et patronus liberti necem vindicare: quod et in patrona erit dicendum. Das heißt: der Patron ist zwar in der Regel zur Bitte um die contra tabulas bonorum possessio berechtiget, sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft antrat, hat jedoch der letztere den Erbschaftsantritt vorgenommen, bevor er seiner Pflicht aus dem Silanianischen Senatuskonsult genügte, so ist dem Patron die bonorum possessio dann zu versagen, wenn er seinerseits die zur Ermittelung des Mörders nothwendigen Schritte ebenfalls unterlassen hat. — Die Glosse hat die Stelle nicht verstanden, während in den Basiliken (49, 4, 33) die richtige Auslegung sich findet.

51) Vergl. Vangerow, Pandekten II, § 565 sub B, 1, und die daselbst angeführten Quellenzeugnisse.

men im Geiſte dieſer Beſtimmung handelten die Kaiſer Severus und Antoninus, als ſie durch Reſkript feſtſetzten, ein ſolcher Mann ſolle zwar den Namen Patron haben, dagegen die Patronatsrechte (alſo die Vortheile aus dem zugedachten Legate) entbehren: demnach wird ihm die bonorum possessio contra tabulas liberti gar nicht deferirt.[52]

So viel von den einzelnen Fällen. Die weitere, praktiſch bedeutſame Frage, ob, wenn der Patron ſein Pflichttheilsrecht zur Strafe verliert, ſeine Kinder gemäß der Regel des successorium edictum nachrücken, war nicht zu allen Zeiten unbeſtritten. Zuvörderſt für den Fall, daß der Patron eine Kapitalſtrafe erlitten, ging die ältere, noch in den Pandekten von Alfenus vertretene Anſicht dahin, das Kind deſſelben verliere Alles, was es vom Vater bei deſſen Ableben ab intestato zu erwerben gehabt, namentlich die hereditas und die liberti.[53] Nach der Auffaſſung der milderen Kaiſerzeit wurde dagegen den Kindern der Verurtheilten das väterliche Vermögen wenigſtens theilweiſe überlaſſen,[54] das Patronatsrecht über die Freigelaſſenen des Vaters aber, insbeſondere das Pflichttheilsrecht ihnen gegenüber erhalten ſie entſchieden ganz, geradeſo wie wäre der Vater geſtorben.[55] Dem gleichen Ent-

52) Fr. 3 de iure patronatus.

53) Fr. 3 de interdictis et relegatis.

54) Fr. 1 Fr. 7 de bonis damnatorum. C. 10 de bonis proscriptorum. Cfr. tit. Th. C. de bonis proscriptorum.

55) Fr. 4 § 2 Fr. 42 p. de bonis libertorum. Cfr. Basil. 60, 52, 8; Fr. 1 § 8 de bonorum possessione contra tabulas. Nur bei perduellio und crimen maiestatis beſtanden Zweifel, ſie wurden jedoch durch ein Reſkript von Severus und Antoninus beſeitiget (Fr. 4 de iure patronatus; Fr. 9 ad legem Juliam maiestatis). — Uebrigens ſind die Anſichten hierüber nicht voll-

wickelungsgange begegnen wir, wo der Vater das Pflichttheilsrecht zur Strafe verlor, ohne eine Kapitalstrafe zu erleiden. Zuerst die Frage, ob, wenn der filius patroni wegfällt, weil er den Freigelassenen eines Kapitalverbrechens wegen angeklagt, der Enkel von diesem Sohn den Pflichttheil von dem großväterlichen Freigelassenen fordern könne, wurde von Proculus verneint, dagegen schon von Salvius Julianus und Volusius Mäcianus bejaht: und auf die Auktorität dieser beiden entschieden die divi fratres für die Bejahung.[56]

kommen übereinstimmend. Namentlich hält Pothier ad tit. de iure patronatus No. 36 die Regel des Alfenus für das praktische Recht Justinian's; das nimmt er freilich ad tit. de poenis No. 16 zurück, aber er begeht den neuen Fehler, anzunehmen, diese Umänderung sei das Resultat des Reskripts von Sever und Antonin. Diese Kaiser setzen im Gegentheil die Umänderung als eine allgemein anerkannte voraus und verordnen lediglich, daß sie in einem bis dahin bestrittenen Fall ebenfalls gelten solle.

56) Das betreffende Reskript ist uns erhalten in Fr. 17 de iure patronatus (Ulpianus lib. 11 ad legem Juliam et Papiam). In dem ersten Satz desselben, so wie er uns überliefert wurde, ist offenbar ein Fehler enthalten. Derselbe lautet: Comperimus a peritioribus dubitatum aliquando, an nepos contra tabulas aviti liberti bonorum possessionem petere possit, si eum libertum pater patris, quum annorum viginti quinque esset, capitis accusasset. Man hat verschiedene Veränderungen vorgeschlagen; Cujaz z. B. (observ. IV, 13) will einfach patris streichen, Andere lesen durch Transposition si eum libertum patris pater; vielleicht ist zu lesen si eum libertum paternum pater: der Sinn der verschiedenen Restitutionen ist der gleiche und jedenfalls zweifellos. — In § 1 wird der Inhalt des Reskripts rekapitulirt, aber verkehrterweise durch Item angefügt, als ob etwas Neues folgte. Cujaz vermuthet, was hier nachfolgt sei in dem Werke Ulpian's dem im Principium der Stelle mitgetheilten Reskript als Einleitung vorausgegangen. Aber was sollte die Kompilatoren zu dieser ungeschickten Umstellung bewogen haben? Auch hier wird es sich lediglich um ein Versehen der Schreiber der Kompilatoren handeln: bei Ulpian wird gestanden haben IG das ist igitur, man las dafür IT das ist item. Unter dieser Voraussetzung faßt Ulpian den Sinn des übermäßig weitläufig geschriebenen Reskripts am Schluß kurz und

Dieſelbe Entſcheidung wird denſelben Kaiſern für die anderen Fälle zugeſchrieben, wo der filius patroni des Pflichttheilsrechts verluſtig ging, entweder weil ihn ſein Vater enterbt oder weil er den väterlichen Freigelaſſenen als ſeinen Sklaven gerichtlich verfolgt hatte.[57] Dabei finden wir jedoch die natürliche Modifikation hervorgehoben, daß das Kind nicht nachrückt, wenn es in des geſetzlich ausgeſchloſſenen Vaters väterlicher Gewalt ſich befindet.[58] Demnach hat ſich im ſpäteren Recht die Regel ausgebildet, daß, wenn der einzelne Patron zur Strafe ausgeſchloſſen wird, ſeine Kinder nachrücken.[59] Nur einigen Fällen begegnen wir, wo das Geſetz ausnahmsweiſe beſtimmt hat, daß nicht blos der ſchuldige Theil, ſondern auch ſeine Kinder

---

paſſend zuſammen, indem er beginnt Igitur quaesitum est, rel. — Die Anerkennung und genauere Ausführung des Hauptſatzes findet ſich in Fr. 10 § 1 Fr. 11 Fr. 42 p. de bonis libertorum.

57) Fr. 16 § 4 de bonis libertorum (Ulpianus lib. 45 ad edictum): Si patroni filius sit vel exheredatus vel si in servitutem libertum paternum petiit vel capitis accusaverit libertum, non nocet hoc liberis eius, qui in potestate non sunt; et hoc Divi Fratres Quintiliis rescripserunt. Vielleicht iſt das Reſkript, worauf hier Bezug genommen wird, gerade das in Fr. 17 cit. uns erhaltene. Allerdings ſpricht das letztere nur von dem einen Fall der capitis accusatio, aber es iſt immerhin möglich, daß der Juriſt annahm, durch die Entſcheidung des einen Falles ſeien die beiden anderen mittelbar ebenfalls entſchieden.

58) Fr. 10 § 1 Fr. 11 Fr. 16 § 4 Fr. 38 p. de bonis libertorum. In der letzten Stelle gibt Terentius Clemens folgende Begründung: ne qui suo nomine a bonorum possessione summoventur, per alios eam consequantur. Für das neueſte Recht iſt dieſelbe freilich nicht mehr durchſchlagend, weil der Erwerb in das peculium adventitium fiel und von der Geſetzgebung ganz angemeſſen den Fällen des adventitium irregulare hätte eingereiht werden können.

59) Wenn derjenige filius patroni, welchem der Freigelaſſene aſſignirt war, wegfällt, ſo können ſeine Brüder nachrücken: Fr. 3 § 9 de bonis libertorum.

das Pflichttheilsrecht entbehren ſollen. Die lex Aelia Sentia nämlich verordnete, daß, wenn der Patron dem Freigelaſſenen den Eid abnahm ſich nicht zu verheirathen, desgleichen wenn er die ſchuldige Alimentation verabſäumte, er und ſeine Kinder jenes Rechtes verluſtig gehen.[60]

Der zweite allgemeine Grund, aus welchem der Anſpruch auf dieſes Pflichttheilsrecht verloren gehen kann, iſt, wie oben ſchon hervorgehoben wurde, in dem Willen des Berechtigten ſelbſt gelegen. Als einzelne, auf dieſes Fundament zurückzuführende Fälle des Verluſts ſind folgende in Betracht zu ziehen:

a. Das prätoriſche Edikt verordnete[61] — gerade wie es bei der bonorum possessio contra tabulas parentis mittelbar gethan[62] und wie es bei der querela inofficiosi testamenti ebenfalls Rechtens[63] —: welcher Patron die ihm im Teſtament des Freigelaſſenen gemachte Zuwendung annahm, der hat mittelbar den letzten Willen ſelbſt anerkannt und iſt daher von der bonorum possessio contra tabulas liberti ausgeſchloſſen.[64] Ein

60) Fr. 15 de iure patronatus; Fr. 24 Fr. 33 de bonis libertorum. [Dagegen die Akkreſcenz an den Mitpatron wird dadurch nicht verhindert: Fr. 24 cit.]

61) Fr. 50 § 1. 2 de bonis libertorum.

62) Fr. 14 de bonorum possessione contra tabulas; Fr. 5 § 2 de legatis praestandis. — Schmidt, das formelle Recht der Notherben, p. 94.

63) Vermuthlich auch hier auf einer prätoriſchen Vorſchrift beruhend; denn die Form, in welcher der eingeſetzte Erbe aus dieſem Grunde die Querel zurückweiſt, iſt die der praescriptio: Fr. 12 p. § 2 de inofficioso testamento (Modestinus libro singulari de praescriptionibus).

64) Fr. 7 de bonis libertorum (Gaius): Nam absurdum videtur, licero eidem partim comprobare iudicium partem evertere. Fr. 8 § 4. 5 Fr. 46 Fr. 50 § 4 cod. tit; Fr. 19 de inofficioso testamento.

ſolches agnoscere iudicium defuncti liegt in dem Erbſchaftsantritt, in der Annahme eines Vermächtniſſes, einer mortis causa donatio, des conditionis implendae causa datum,[65] und es iſt auch dann möglich, wenn lediglich eine Perſon bedacht iſt, durch welche der Patron erwirbt.[66] Aber überall gilt das doch nur unter Umſtänden, welche vernünftiger und billiger Weiſe einen Verzicht annehmen laſſen.[67]

---

65) *a*) Erbſchaftsantritt: Fr. 6 § 4 de bonis libertorum. *b*) Vermächtnis: F. 6 § 4 Fr. 50 § 6 eod. tit. (insbeſondere die Geltendmachung der liberatio legata durch exceptio oder acceptilatio: Fr. 50 § 6 cit.). *c*) Mortis causa donatio (aber nur bei Annahme nach dem Tode des Freigelaſſenen; dagegen die unter Lebendigen angenommene braucht er ſich lediglich auf den Pflichttheil anrechnen zu laſſen): Fr. 8 § 3 eod. tit.; cfr. Fr. 3 § 18. *d*) Conditionis implendae causa datum: Fr. 8 § 4 eod. tit. [Bei der querela inofficiosi testamenti hat die Annahme des conditionis implendae causa datum in der Hauptſache die gleiche Wirkung, wie man immer Fr. 8 § 10 de inofficioso testamento auslegen möge. Vergl. Schol. ad Bas. 39, 1, 1; Francke, das Recht der Notherben p. 325 ff.; Mühlenbruch, Kommentar 35 p. 444 ff.]

66) Hervorgehoben werden der Sklav und der Hausſohn des Patrons. Welcher Patron den bedachten Sklaven vor dem Erwerb veräußert oder den bedachten Hausſohn vor dem Erwerb emancipirt, in der Abſicht unter Aufrechterhaltung dieſer Zuwendungen nunmehr die contra tabulas bonorum possessio ſich auszuwirken, der handelt in fraudem edicti und fällt daher unter daſſelbe: Fr. 8 § 2 Fr. 50 p. § 1. 2 de bonis libertorum [das Gleiche gilt bei der querela: Fr. 12 p. de inofficioso testamento].

67) *a*) Nicht, wenn man irrig glaubte, die Zuwendung erfülle den Pflichttheil: Fr. 8 p. de bonis libertorum. *b*) Nicht, wenn man aus Irrthum ein falſches Teſtament anerkannt hat: Fr. 46 eod. tit. *c*) Nicht, wenn man den Onerirten zwar zur Zahlung aufforderte, aber noch vor derſelben zurücktrat: Fr. 8 p. eod. tit. *d*) Nicht, wenn die erhobene Klage keinen günſtigen Erfolg hatte: Fr. 8 p. cit. [Das iſt bei der querela inofficiosi testamenti gerade ſo, dabei aber noch genauer dargeſtellt, nämlich auf den Fall beſchränkt, wo die Abweiſung der Klage nicht durch die Schuld des Klägers herbeigeführt wurde: Fr. 12 § 2 de in-

b. Das prätoriſche Edikt[68] verordnete weiter: welcher Freigelaſſene von der Leiſtung der geſammten[69] libertatis causa imposita bei dem Patron ſich frei gekauft hat, der hat dadurch die libera testamenti factio ſich erworben, d. h. der Patron hat dadurch des Rechts auf die bonorum possessio contra tabulas ſich entäußert.[70] Als einen Verluſt zur Strafe darf man das nicht auffaſſen, denn jenes iſt ein erlaubtes, klag-

---

officioso testamento]. *e)* Nicht, wenn die dem Patron legirte und von ihm angenommene Sache nachträglich evinzirt wird: Fr. 8 § 1 cit. — Fr. 19 de inofficioso testamento bringt gelegentlich den allgemeinen Satz: — quum et hi, qui sciant, ius suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant. Quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti falsa opinione motus amplexus est; is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse.

68) Dafür läßt ſich anführen Fr. 53 p. de verborum significatione; denn der hier als dem Edikt angehörig mitgetheilte Satz si donum, munus, operas redemerit, gehört offenbar hierher (vergl. für den Ausdruck: Fr. 37 p. de bonis libertorum).

69) Nur bei dem Verkauf der geſammten libertatis causa imposita, nicht auch bei dem eines Theils derſelben; ſo nämlich wurden die angeführten Ediktsworte interpretirt: Fr. 53 p. cit.

70) Der erſte Ausdruck war wahrſcheinlich der des Edikts: C. 4 de operis libertorum. [Antoninus: — ex hoc enim liberam testamenti factionem libertus habet.] Hierher gehört auch Fr. 41 de operis [Libertus, qui operarum obligatione dimissus est atque ita liberam testamenti factionem assecutus est, nihilominus obsequi verecundiae tenetur]. Unterholzner p. 101 erklärt dieſe Stelle mit Unrecht für unklar: ihr Sinn iſt nicht, wie Manche, z. B. Walter § 497 annehmen, daß ein jeder Freigelaſſene, dem der Patron die operae erlaſſen, die libera testamenti factio erhalte; ſie ſpricht vielmehr von demjenigen, der in der Art jener Pflicht entlaſſen wurde, daß er die libera testamenti factio erhielt, d. i. alſo von demjenigen, der ſich von der operarum obligatio frei gekauft hat. (So faßt die Sache auf Cujaz in ſeinem Kommentar ad l. 5 responsorum Papiniani.) *b)* In Fr. 37 p. de bonis libertorum iſt dafür ohne Anlehnung an den Ausdruck des Edikts geſagt, der Patron verliere in dieſem Fall die bonorum possessio contra tabulas. *c)* Der Verluſt dieſer bonorum possessio erſtreckt

bares Geſchäft;[71] vielmehr liegt darin ausgeſprochen, daß, welcher Patron auf einen derartigen Kaufpreis eingegangen, als ein ſolcher zu betrachten ſei, dem der Freigelaſſene unter Lebendigen Genüge gethan.

c. Aber das Edikt iſt vielleicht noch einen Schritt weiter gegangen, nämlich bis zu der Beſtimmung, daß der Patron die contra tabulas bonorum possessio entbehren ſoll, ſobald er überhaupt die Leiſtung der libertatis causa imposita, alſo in natura angenommen. Gewiß iſt freilich nur, daß nach dem Tode des Freigelaſſenen der Patron lediglich ein elektives Recht hat entweder auf Forderung der rückſtändigen libertatis causa imposita oder auf die contra tabulas bonorum possessio, daß er alſo durch die Annahme jener auf dieſe verzichtet.[72] Aber außerdem trägt eine Stelle im juſtinianiſchen Codex[73] die

---

ſich natürlich nur auf den Verkäufer ſelbſt und ſeine Deſcendenz; wenn ein filius patroni verkaufte, ſo berührt das ſeinen Bruder nicht: Fr. 37 p. cit. Die libera testamenti factio hat alſo hier nur einen relativen Sinn.

71) Cujaz a. a. O. vertheidigt die im Text verworfene Anſicht, aber gewiß mit Unrecht. Entſcheidend iſt C. 4 de operis; Kaiſer Antonin erklärt nämlich, daß der Patron das ex venditione operarum ihm geſchuldete Geld einklagen könne, vorausgeſetzt, daß daſſelbe nicht libertatis onerandae causa, d. h. um ein verbotenes Geldverſprechen in dieſer Form zu verbergen, verſprochen ſei. Aus dieſer Auffaſſung ergibt ſich zugleich, daß die übliche Interpunktion irrig und vielmehr ſo zu geſtalten ſei: Si quam tibi pecuniam a liberto tuo ex venditione operarum deberi probaveris, restitui tibi a liberto tuo praeses iubebit (ex hoc enim liberam testamenti factionem libertus habet), modo si non onerandae libertatis gratia emissam cautionem probabitur.

72) Fr. 20 de iure patronatus (Paulus): Sicut testamento facto decedente liberto potestas datur patrono vel libertatis causa imposita petere vel partis bonorum possessionem, ita etiam, quum intestato decesserit, earum rerum electio ei manet.

73) C. 2 de bonorum possessione contra tabulas

Faſſung, daß ſie wörtlich genommen den Patron vom Pflichttheil auch dann ausſchließt, wenn er die libertatis causa imposita unter Lebendigen annahm. Allerdings laſſen ſich gewichtige Gründe dafür anführen, daß die Stelle reſtriktiv zu interpretiren, alſo auf den Fall der nach dem Tode des Freigelaſſenen getroffenen Wahl jener zu beſchränken ſei.[74] Aber andererſeits ſcheint der sub b ſoeben erörterte Satz für den Sinn der Stelle zu ſprechen, ſo wie ſie lautet; dann nämlich wäre das Edikt von dem ganz probablen Gedanken ausgegangen: welcher Patron die Patronatsrechte durch vertragsmäßige Feſtſetzung bei der Freilaſſung ſich ſelber vermehrt und dieſe verſprochenen Leiſtungen entweder in Natur oder in Form

---

liberti (Theodosius): Patronus, liberti muneribus electis et operis, a contra tabulas bonorum possessione repellitur.

74) *a*) Der theodoſiſche Codex zeigt, daß die C. 2 der vorigen Anmerkung lediglich ein aus dem Zuſammenhang geriſſenes Stück eines größeren Geſetzes ſei, der C. 7 Th. C. de testamentis. Dieſe handelt nicht von dem Patronatsrecht, ſondern von der Codizillarklauſel. Sie beſtimmt, daß der in einem Teſtament mit ſolcher Klauſel zum Erben Eingeſetzte (ſelbſtverſtändlich nach dem Tode des Erblaſſers) die Wahl habe zwiſchen beiden Auffaſſungen, daß er aber nach einmal getroffener Wahl nicht wechſeln könne. Zur Begründung dieſer Regel werden analoge Beiſpiele aufgeführt, darunter dieſes, wobei es natürlich dem Kaiſer auf genaue Faſſung der Sache und insbeſondere auf Erörterung der Frage, ob auch ſchon die unter Lebenden erfolgte Annahme der libertatis causa imposita das Pflichttheilsrecht aufhebe, nicht ankam. *b*) Die Baſiliken (40, 7, 5) beſchränken C. 2 auf die Wahl nach dem Tode des Freigelaſſenen. *c*) Es iſt miſslich, einen ſo bedeutungsvollen Satz durch ein einziges, nicht einwendungsfreies Zeugniß begründen zu wollen. — Unſere Litteratur hat dieſer Frage nur geringe Aufmerkſamkeit geſchenkt. Cujaz (paratit. ad Codicem ad h. tit.) erklärt reſtriktiv; dagegen ſprechen Löhr p. 268, Unterholzner p. 100, Schrader (ad § 1 de successione libertorum), Walter § 497 ohne Einſchränkung; freilich auch ohne die Möglichkeit einer Einſchränkung zu berühren.

eines Aequivalents erhalten hat, der hat keinen Anſpruch auf einen Pflichttheil.

d. Auch wenn der Kaiſer den Freigelaſſenen von der Laſt des Pflichttheils befreit, ſo geſchieht das nicht ohne den Willen des Patrons. Denn die natalium restitutio macht zwar zum ingenuus und befreit daher von jener Verpflichtung, aber dafür gewährt ſie auch der Kaiſer, die Privatrechte ſchonend, nur mit Zuſtimmung des betheiligten Patrons.[75] Daſſelbe ſchonende Verfahren hielt er offenbar auch dann ein, wenn er nur ein Stück der Patronatsrechte, aber gerade das hierher gehörige, zerſtörte durch Gewährung der libera testamenti factio.[76]

e. Ein Erbverzicht, abgeſchloſſen in der Form eines Vertrags mit dem künftigen Erblaſſer,[77] hat bekanntlich ebenſo wenig rechtliche Wirkſamkeit, als die vor der Delation ausgeſprochene Repudiation des Erbrechts.[78] Dieſe Grundſätze galten im vorjuſtinianiſchen Recht zweifellos auch für das Pflichttheilsrecht des Patrons.[79] Aber gerade Juſtinian

75) Fr. 3 § 1 de bonis libertorum; C. 3 eod. tit.; Fr. 2 Fr. 4 Fr. 5 de natalibus restituendis.

76) Fr. 3 § 2 de bonis libertorum.

77) Es verſteht ſich von ſelbſt, daß die contra tabulas bonorum possessio nicht erhält, wer nach dem Tode des Freigelaſſenen auf den ihm in dem letzten Willen gehörig zugewendeten Pflichttheil verzichtet hat: Fr. 19 § 1 de bonis libertorum. Cfr. Fr. 50 § 4 eod. tit.

78) Fr. 16 de suis et legitimis; C. 3 de collationibus. — Fr. 17 § 1 Fr. 94 de acquirenda vel omittenda hereditate.

79) Die Ungültigkeit war zweifellos; einerlei, ob der Verzicht ausgeſprochen wurde in der Form concedo tibi liberam testamenti factionem (Fr. 47 § 2 de bonis libertorum) oder in der andern liberti a iure patronatus liberentur (C. 3 de bonis libertorum).

hat hier geändert; er erklärt nämlich, der Analogie der natalium restitutio folgend, daß ein derartiger Verzicht des Patrons, möge er unmittelbar bei der Freilaſſung ausgeſprochen ſein oder ſpäter, volle Gültigkeit haben ſolle.[80] Demnach liegt hier eine Abweichung von der Regel des gemeinen Rechts vor, ſowie von dem Rechte der querela inofficiosi testamenti.[81]

Dagegen durch ſeinen einſeitigen Willensakt kann der Freigelaſſene der Pflicht, ſeinen Patron zu bedenken, ſich der Regel nach nicht entziehen; namentlich kann er das nicht durch

---

80) C. 3 de bonis libertorum. Ueber die Tragweite dieſer Konſtitution läßt ſich ſtreiten. Feſt ſteht, daß ſeit derſelben die Erklärung des Patrons libertum a iure patronatus libero die Befreiung herbeiführe. Thut das aber ſeit C. 3 auch die andere Erklärung liberam testamenti factionem tibi concedo? In den paratitl. ad Codicem behandelt Cujaz die Bejahung als eine ſelbſtverſtändliche Sache, dagegen an einem anderen Ort (observ. VIII, 32) verneint er die Frage ausdrücklich und mit einiger Ausführlichkeit. Die letzte Auffaſſung hat das für ſich, daß Juſtinian beginnt: Si quis patronorum in posterum huiusmodi narrationem conceperit — ut liberti eorum a iure patronatus liberentur, daß er in der Folge mit einer gewiſſen Abſichtlichkeit auf die gewählte Faſſung wiederholt zurückweiſt (ex sola tali verborum conceptione — in huiusmodi verbis — per verborum conceptionem secundum a nobis inductum modum) und daß ſich denken läßt, Juſtinian habe die andere Faſſung liberam testamenti factionem tibi concedo dem Kaiſer vorbehalten wollen, eingedenk des Satzes testamenti factio non privati sed publici iuris est. In der Sache aber läßt ſich ein weſentlicher Unterſchied nicht entdecken; denn in dem Munde des Patrons hat die zweite Erklärung keinen anderen Sinn als die erſte: und daß der Patron dem Freigelaſſenen die libera testamenti factio gewähren könne, das auszuſprechen hat das Edikt ſelbſt kein Bedenken getragen (Anm. 70).

81) Bei der querela inofficiosi testamenti war es im vorjuſtinianiſchen Recht eine beſtrittene Frage, ob der gegen eine Abfindungsſumme dem Vater gegenüber in Form eines pactum ausgeſprochene Verzicht auf den künftigen Pflichttheil rechtlich wirkſam ſei. Juſtinian hat dieſe Frage mit Berufung auf die Auktorität Papinian's verneint in C. 35 § 1 de inofficioso testamento.

arrogatio per obreptionem facta.[82] Nur wenn er den Soldatenſtand ergreift, ſo ſind ſeine castrensia bona dem Pflichttheilsrecht des Patrons entzogen und lediglich der Reſt ſeines Vermögens unterliegt dieſem Geſichtspunkt.[83] Wenn endlich den Freigelaſſenen die Strafe der Vermögenskonfiskation trifft, ſo ſoll der Patron in Bezug auf ſeinen Pflichttheil dem Fis-

---

82) Sie iſt an ſich gültig; denn ſie bringt eine capitis deminutio hervor (Fr. 10 de in ius vocando) und verſchafft den Freigelaſſenen die iura ingenui in der Familie des pater arrogans (Fr. 32 de ritu nuptiarum). Aber trotzdem ſoll der Patron keines ſeiner Rechte verlieren: Fr. 10 cit ; Fr. 49 de bonis libertorum; Fr. 1 § 2 si a parente quis manumissus sit.

83) Fr. 42 § 1 de bonis libertorum; Basil. 49, 4, 38; C. 3 § 1 de inofficioso testamento. — In Fr. 42 beſpricht Papinian den Fall, wo ein libertus den Titius zum Erben ſeiner castrensia bona eingeſetzt hat und einen Andern zum Erben ſeiner cetera bona; Titius hat die Erbſchaft angetreten, der Andere nicht. Dieſe beiden Theile des Nachlaſſes werden wie zwei verſchiedene Erbſchaften behandelt (vergl. Fr. 25 § 1 familiae ereiscundae). Daraus folgt: wenn der Andere ausſchlägt, ſo akkreſcirt nicht dem Titius, ſondern für den vakanten Theil tritt Inteſtaterbfolge ein. Daraus folgt ferner, daß, wenn Titius antrat, der Andere aber noch keine Erklärung abgegeben hat, die bonorum possessio contra tabulas noch nicht begründet ſein kann: quum Titio nihil auferatur, nec bonis ceteris, quae nondum ad causam testamento pertinent d. h. da dem Titius nichts abgenommen werden kann [denn er hat nur die castrensia bona, welche dem Pflichttheilsrecht nicht unterliegen], dem übrigen Vermögen aber zur Zeit auch nichts [nec bonis ceteris sc. auferatur; bonis iſt Dativ, irrig konjicirt Fuchs a. a. O. p. 77 in bonis]; denn es iſt von dieſem letzteren zur Zeit noch ungewiß, ob es unter die Grundſätze des teſtamentariſchen Rechts fallen werde oder unter die des Inteſtaterbrechts [der Juriſt ſagt mit Bedacht nondum: ohne allen Grund will Fuchs non korrigiren]. — Demnach ſteht der Patron bei der bonorum possessio contra tabulas in dieſer Beziehung günſtiger, als er nach dem Rechte der Querel ſtehen würde; denn bei ihr iſt der Soldat der Rückſicht auf den Pflichttheil in Bezug auf den ganzen Nachlaß entbunden: Cfr. Fr. 8 § 3. 4 Fr. 27 § 2 de inofficioso testamento.

kus vorgehen,[84] nur die Strafe der Deportation oder in metalla damnatio beraubt auch den Patron ſeiner Anſprüche.[85]

III. Die gewöhnliche Bezeichung des Pflichttheils iſt debita pars, debita portio,[86] desgleichen legitima portio,[87]

---

84) Fr. 28 de bonis libertorum; cfr. Basil. 49, 4, 24; Fr. 7 § 1 de bonis damnatorum; Basil. 60, 52, 8.

85) Fr. 3 § 7 de bonis libertorum; Fr. 21 p. de iure patronatus.

86) Fr. 2 § 2 Fr. 3 § 10. 15—20, Fr. 5 Fr. 20 § 4, Fr. 25 de bonis libertorum. Pars ex testamento debita: Fr. 3 § 3 si quid in fraudem; auch geradezu debitum: Fr. 34 de bonis libertorum. Als Schuldner iſt nicht der eingeſetzte Erbe zu betrachten, denn es beſteht keine personalis actio wider ihn; es iſt vielmehr eine natürliche Schuld des libertus, ebenſo wie der Pflichttheil der Eltern und der Kinder, womit dieſer ausdrücklich zuſammengeſtellt wird: Fr. 10 pro socio (Paulus: et quia plerumque vel a parente vel a liberto quasi debitum nobis hereditas obvenit); cfr. Fr. 7 § 1 si tabulae testamenti; Fr. 15 de inofficioso testamento.

87) Fr. 19 p. de bonis libertorum; C. 1 de bonorum possessione contra tabulas liberti (Gordianus); C. 1 si in fraudem (Diocletianus). Nov. 1 cap. 4: *νομίμη μοίρα*. Basil. 44, 1, 15 und 49, 4, 40: *τὸ νόμιμον*. Fr. 8 § 1 de bonis libertorum: legitimum auxilium. Fr. 20 p. de donationibus: pars ex legibus verecundiae patronali debita. Auch Fr. 1 § 14 si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit gehört hierher. Das Edikt hatte nämlich geſagt, daß der die Legate auszahlende Erbe in zweifelhaften Fällen die stipulatio vom Legatar fordern könne: si apparuerit eum amplius legatorum nomine cepisse, quam e lege Falcidia licebit [licebat?], quanti ea res erit, tantam pecuniam det dolusque malus ab eo abfuturus sit (Fr. 1 p.). Dazu bemerkt nun § 14, zuweilen genüge die Erwähnung der lex Falcidia keineswegs, man müſſe vielmehr eines anderen Geſetzes gedenken, utputa si patronus ex asse heres institutus sit et pure quincunx legatus sit et sub conditione aliquid supra debitam patrono partem; nam in hunc casum ratio habenda est illius legis, quae patronos vocat, non legis Falcidiae. — Aber woher dieſe Bezeichnung, da doch dieſe pars aus dem Edikt ſtammt und nicht aus einem Geſetz? Gemeint iſt offenbar die lex Papia, welche

auch zuweilen constituta pars,[88] certa pars.[89] Die Größe deſſelben wird zwar in den Inſtitutionen mit Hinweis auf den Codex, aber nirgends in den Pandekten direkt angegeben;[90] der Grund liegt offenbar darin, daß Juſtinian den Betrag geändert hat, denn die Kompilatoren ſahen ſich dadurch veranlaßt, an zahlreichen Stellen, wo urſprünglich dimidia pars geſchrieben ſtand, die ebenfalls ſchon zur klaſſiſchen Zeit gebräuchliche Bezeichnung debita oder legitima pars zu ſubſtituiren.[91] Die Neuerung des Kaiſers beſtand, wie ſchon erwähnt, darin, daß er den Pflichttheil des Patrons auf ein Drittheil herabſetzte. An der üblichen Berechnungsart wurde dagegen nichts geändert. Dieſelbe iſt von der des Pflichttheils der Verwandten in einem Punkte weſentlich verſchieden. Während nämlich der letztere ausgemachterweiſe als portio portionis ab intestato für jeden einzelnen Verwandten beſonders zu berechnen iſt, beſteht der den Patronen gebührende Pflichttheil, welche immer ihre Anzahl ſei, in einer feſten Quote, nämlich anfangs in der Hälfte, ſpäter in dem dritten Theil der ganzen

---

dieſen Pflichttheil zu einer legitima pars deshalb geſtaltete, weil ſie ihn anerkannte und weiter bildete.

88) Fr. 3 p. si a parente.

89) Fr. 1 § 2 de bonis libertorum; Fr. 6 p. de bonorum possessionibus.

90) § 3 I. de successione libertorum: tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas non dimidiam, ut antea, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur. (Cfr. C. 4 § 16 de bonis libertorum). In den Pandekten finde ich nur ein Mal die dimidia pars genannt, nämlich Fr. 2 § 2 de bonis libertorum und auch hier nur für die Inteſtaterbfolge.

91) Daher läßt ſich im einzelnen Fall nicht entſcheiden, ob eine Interpolation vorliege oder nicht.

Erbſchaft.[92] Darin aber findet ſich hinwiederum Uebereinſtimmung mit dem gewöhnlichen Pflichttheil, daß der Betrag der Erbſchaft nach ihrem Beſtand im Zeitpunkte des Todes des Erblaſſers bemeſſen werden muß und es hat dabei das Edikt überdies ausdrücklich feſtgeſtellt, daß die von dem Erblaſſer dolos veräußerten Gegenſtände ſo einzurechnen ſind, wie wären ſie noch in dem Nachlaſſe enthalten.[93] (Davon ſpäter das Genauere.)

---

92) So im Edikt: Gaius III, 41; Ulpianus XXIX, 1; § 1 I. de successione libertorum; bei Valentinian: Nov. tit. XXIV § 3; bei Juſtinian: C. 4 § 15 de bonis libertorum; § 3 I. de successione libertorum.

93) *a*) Für die Beſtimmung der debita pars entſcheidet der Augenblick des Todes des Erblaſſers: Fr. 3 § 20 de bonis libertorum. [Debitam autem partem eorum, quae quum moritur libertus habuit, patrono damus; mortis enim tempus spectamus —] Fr. 26 eod. tit. *b*) Das Edikt enthielt eine eigene Beſtimmung über die Heranziehung Deſſen, was ein Erblaſſer dolo malo beſeitiget hat: Fr. 3 § 20 cit. [Sed et si dolo malo fecerit quominus haberet, hoc quoque voluit praetor pro eo haberi atque si in bonis esset.] *c*) Eine Anwendung des obigen Prinzips in Fr. 35 eod. tit.: Der Erbe des Freigelaſſenen hatte einen Uſusfruktus an einem Grundſtück ſeines Erblaſſers; dieſer iſt durch den Erbſchaftsantritt erloſchen. Die Berechnung der debita pars patroni hat zu erfolgen mit Abzug dieſes Uſusfruktus; denn ſie iſt zu gewähren von den bona quae liberti quum moreretur fuerunt [dabei iſt prozeſſualiſch nicht unintereſſant, daß der Rath ertheilt wird, für die Wiederherſtellung des ususfructus an demjenigen Theil des Grundſtücks, welches dem Patron kraft ſeiner bonorum possessio zufällt, einen arbiter ſich beſtellen zu laſſen]. *d*) Eine andere Konſequenz bringt Fr. 44 § 1 eod. tit.: die contra tabulas bonorum possessio des Patrons iſt nicht begründet, wenn die den Pflichttheil ausfüllende, ihm legirte Sache zu Grunde geht, bevor der Patron ſie erwarb; vorausgeſetzt, daß ſie im Augenblick des Todes des Freigelaſſenen noch vorhanden war. *e*) Wenn der Freigelaſſene den Patron mit der Formel zum Erben einſetzt: ex debita parte heres esto, ſo wird das gleich der Theileinſetzung ex dimidia und ſpäter ex tertia parte im gewöhnlichen Sinne verſtanden und es kommt daher jede nach dem Tode des

Dieſer Pflichttheil wird im juſtinianiſchen Recht unter einer doppelten Vorausſetzung geſchuldet.

Die erſte iſt dadurch gegeben, daß der Patron vom Nachlaß ausgeſchloſſen wird, ſofern ein Kind des libertus oder der liberta zur Erbfolge gelangt.[94] Die Auffaſſung dieſes Requiſits bei Juſtinian iſt im Einzelnen der Hauptſache nach dieſelbe, wie ſie ſeiner Zeit dem prätoriſchen Edikt zu Theil wurde.[95] Demgemäß werden darunter nur die leiblichen Kinder verſtanden: die adoptirten ſind nicht im Stande, das Recht des Patrons zu beſeitigen.[96] Aber alle leiblichen, einerlei ob sui, emancipati[97] oder in adoptionem dati;[98] ja

---

Erblaſſers zufällig erfolgende Vergrößerung der Erbſchaft auch dem Patron zu gute, z. B. Alluvion, Akreſcenz. Aber der Freigelaſſene genügt ſeiner Pflicht auch ſchon durch die Erbeseinſetzung mit dem Zuſatz patronus heres esto ex debita parte bonorum meorum, quae erunt mortis tempore, welche Formel den Patron von dem nach dem Tode des Erblaſſers erfolgenden Zuwachs gültig ausſchließt. Das iſt meines Erachtens der Sinn von Fr. 44 § 2 de bonis libertorum, welcher freilich in der Regel nicht erkannt wird; vergl. Mühlenbruch, Kommentar, 35 p. 280, Arndts, im Rechtslexikon 8 p. 130.

94) C. 4 § 10. 12. 13. 14 de bonis libertorum. Da alle Fälle, wo früher der Patron neben Kindern zur Erbfolge kam, beſeitiget ſind, ſo gilt jetzt allgemein, was Julian ſeiner Zeit nur von dem beſonderen Fall ſagen konnte: non filio sed extraneo pars eripitur: Fr. 20 § 5 de bonis libertorum.

95) In den Pandekten finden wir die Interpretationen, welche die klaſſiſchen Juriſten von dem Edikt aufſtellten, hierher übertragen.

96) Gaius III, 41; Ulpianus XXIX, 1; § 1 I. de successione libertorum; C. 4 § 22 de bonis libertorum.

97) Gaius III, 41; § 1 I. cit.; Fr. 2 § 2 Fr. 20 § 4 de bonis libertorum; C. 4 § 10 eod. tit.

98) Gaius III, 41; § 1 I. de successione libertorum. Die naturales in adoptionem dati werden auch hier nach dem prätoriſchen Grundſatz behandelt: non in totum extranei sunt (Fr. 8

nach Juſtinian's Beſchluß ſogar die in der Sklaverei erzeugten Kinder, ohne daß etwas darauf ankommen ſoll, wann ſie freigelaſſen worden ſind.[99] Dieſelben ſchließen den Patron aus, wenn ſie irgendwie Erben im prätoriſchen Sinne werden.[100] Daher nicht blos die instituti,[101] ſondern auch die praeteriti, welche die bonorum possessio contra tabulas erhalten,[102] die — weil im Pflichttheil verletzt — mit der querela inofficipsi testamenti obſiegenden,[103] endlich ſogar die

---

§ 4 de bonorum possessione contra tabulas). Gleichwie ſie als praeteriti kein Anrecht haben auf die contra tabulas bonorum possessio, aber als instituti dieſelbe erhalten commisso per alium edicto, ſo ſollen ſie als instituti auch den Patron beſeitigen.

99) C. 4 § 10 de bonis libertorum.

100) Es iſt alſo gleichgültig, ob ſie heredes ſind oder nur heredum loco.

101) C. 4 § 12 de bonis libertorum; § 1. 3 I. de successione libertorum; Fr. 6 p. de bonis libertorum.

102) Gaius III, 41; Fr. 20 § 4 de bonis libertorum. Die Ausführung des Juriſten in der letzten Stelle entſpricht vollſtändig den bei der contra tabulas bonorum possessio der liberi geltenden Grundſätzen. Er ſagt: wenn ein emancipatus filius liberti von ſeinem Vater sub conditione casuali inſtituirt und ein extraneus ihm ſubſtituirt iſt, ſo gilt jener, dafern er nicht zugleich für den Fall der deficirenden Bedingung exheredirt wurde, für präterirt: er hat alſo die bonorum possessio contra tabulas parentis und ſchließt daher die bonorum possessio patroni contra tabulas liberti aus. Dagegen bei der Einſetzung des Sohns unter einer Poteſtativbedingung bedarf es keiner ſolchen Exheredation: daher kommen bei der Deficienz dieſer Bedingung die Subſtituten aus dem Teſtament an die Reihe und wider dieſe hat der Patron die contra tabulas bonorum possessio. — Hierher gehört ferner Fr. 42 § 2 de bonis libertorum: hat der für untergeſchoben geltende Sohn die Carboniana und die contra tabulas bonorum possessio erhalten (cfr. Fr. 3 § 15 de Carboniano edicto), ſo muß der Patron, ſo gut wie andere nachſtehende Erben, warten und kommt erſt dann an die Reihe, wenn ſeiner Zeit wider die Echtheit des Kindes entſchieden worden iſt.

103) C. 4 § 13 de bonis libertorum; § 3 I. de successione libertorum. Cfr. Fr. 16 § 1 de inofficioso testamento.

gültig exheredirten, wenn ſie durch die Perſon ihres inſtituirten Sklaven zur Erbſchaft gelangen,[104] oder von dem inſtituirten Erben kraft fideikommiſſariſcher Auflage die Erbſchaft univerſell reſtituirt erhalten; denn auch der Univerſalfideikommiſſar iſt bekanntlich heredis loco.[105]

Und nicht blos dann beſeitigen die Kinder den Patron, wenn ſie auf dem angegebenen Weg zur ganzen Erbſchaft gelangen, ſondern auch in dem andern Fall, wo ſie nur zu einem kleinſten Bruchtheil Erben werden.[106] Der Patron iſt eben erſt in zweiter Reihe pflichttheilsberechtiget: Alles, was bei Einſetzung des Kindes extranei erhalten, das entziehen dieſe dem Kinde, nicht dem Patron.

Endlich genügt es zur Ausſchließung des Patrons nicht, daß den Kindern die Möglichkeit des Erbſchaftserwerbs geboten war; ſie müſſen vielmehr dieſelbe wirklich erworben und die erworbene behalten haben. Daher iſt der Patron pflichttheilsberechtiget, nicht nur wenn die Kinder des Freigelaſſenen wirkſam exheredirt ſind,[107] ſondern auch wenn ſie unter einer Bedingung gehörig eingeſetzt den Eintritt derſelben nicht erleben,[108] wenn ſie die Erbſchaft verſchmähen[109] oder lediglich

104) Fr. 21 § 3 de iure patronatus.

105) Fr. 4 § 3 de bonis libertorum.

106) Fr. 6 p. de bonis libertorum [nam et Marcellus libro 9. Digestorum scripsit, quantulacunque ex parte heredem institutum liberti filium patronum expellere]. Gaius III, 41 [si modo aliqua ex parte heredes scripti sint].

107) C. 4. § 13. 14 de bonis libertorum; § 3 I. de successione libertorum; Gaius III, 41. Cfr. Fr. 6 p. Fr. 20 § 4 de bonis libertorum.

108) Fr. 20 § 4 de bonis libertorum.

109) Fr. 21 § 4 de iure patronatus; Fr. 20 § 5 Fr. 38 § 1 de bonis libertorum.

als prätoriſche Erben berufen die bonorum possessio in der vorgeſchriebenen Friſt nachzuſuchen verſäumen,[110] endlich wenn ſie in der That Erben geworden von dem beneficium abstinendi Gebrauch machen, die in integrum restitutio erhalten oder mit einem Univerſalfideikommiß belaſtet gezwungen antreten und deshalb die ganze Erbſchaft zu reſtituiren genöthiget ſind.[111]

Demnach faßt der Prätor und das ihm nachfolgende Recht den Satz vom Ausſchluſſe des Patrons durch die Kinder des Freigelaſſenen nicht formell, ſondern im vollſten Sinne des Wortes materiell.

Die zweite Vorausſetzung dieſes Pflichttheilsrechts iſt eine Neuerung Juſtinian's, beſtehend in dem Anverlangen, daß das Vermögen des Freigelaſſenen eine gewiſſe, mäßige Höhe habe. Der Prätor gab ſeiner Zeit die bonorum possessio contra tabulas liberti auch bei dem geringſten Nachlaß. Zuerſt die lex Papia war es, welche, wie wir oben geſehen, für den von ihr eingeführten Fall eines Pflichttheilsrechts des Patrons neben naturales liberi des Freigelaſſenen einen Nachlaß im Werth von wenigſtens 100,000 Seſtertien vorausſetzte.[112] An dieſe Geſetzesbeſtimmung ſchloß ſich Juſtinian, wie ſchon be-

---

110) Fr. 20 § 4 de bonis libertorum.

111) *a*) Abſtinenz: Fr. 6 § 2 de bonis libertorum. [Si filius liberti heres ab eo institutus abstinuerit, quamvis nomine sit heres, patronus admittitur.] *b*) In integrum restitutio: Fr. 6 § 3 eod. tit. *c*) Gezwungener Antritt und Reſtitution der ganzen Erbſchaft in Folge des senatusconsultum Pegasianum: Fr. 20 § 5 eod. tit. [patrono bonorum possessio partis debitae dabitur, perinde ac si non filius sed is, cui hereditas restituta est, heres extitisset].

112) Vergl. Abſchnitt I, Anmerkung 35.

merkt, an, als er anordnete, daß dieſes Pflichttheilsrecht ſchlechthin nur bei einem Vermögen von wenigſtens 100 aurei ſtatthaben ſolle.[113] Ob der libertus als centenarius zu betrachten ſei, darüber entſcheidet, wie bei dem centenarius der lex Papia, der Augenblick ſeines Todes.[114] Auch der Grundſatz des papiſchen Rechts, daß jede, von dem Freigelaſſenen in der Abſicht um ſich minor centenario zu machen vorgenommene Veräußerung ipso iure nichtig ſei, iſt in dem juſtinianiſchen Geſetzbuch auf unſeren Fall übertragen worden.[115] Hat da-

113) § 3 I. de successione libertorum; C. 4 § 9. 10. 14 de bonis libertorum. Von der unpräciſen Ausdrucksweiſe dieſer ſpäten Zeit kommt es her, daß die Quellen nur ſagen, wie es bei dem minor und bei dem maior centenario zu halten ſei, den centenarius ſelbſt aber unberührt laſſen. Daß mit dem Vermögen von 100 aurei die Pflicht ohne weiteres beginne, dafür iſt das Muſter der lex Papia entſcheidend: Gaius III, 42.

114) Fr. 26 de bonis libertorum (Africanus lib. 2 quaestionum): Liberto octaginta habenti fundus quadraginta legatus est; is die legati cedente decessit extraneo herede instituto; respondit, posse patronum partem debitam vindicare, nam videri defunctum mortis tempore ampliorem habuisse rem centum rel. Zur Zeit von Afrikanus hing das Pflichttheilsrecht des Patrons nur in einem Fall von einer beſtimmten Größe des Nachlaſſes ab, nämlich in dem von der lex Papia begründeten, wonach jener auch neben naturales liberi dann ein Recht hat, wenn das Vermögen 100,000 Seſtertien beträgt. Von einem ſolchen Fall alſo muß der Juriſt geſprochen und daher (wie ſchon der Scharfſinn von Cujaz, tractatus II ad Africanum, richtig erkannt hat, trotz dem Widerſpruch von Bynkershoek, observ. VIII, 18) filio herede instituto geſchrieben haben. Weil die Kompilatoren die Stelle auf das juſtinianiſche Recht übertragen wollten, deshalb waren ſie genöthiget zu ändern: extraneo herede instituto.

115) Fr. 16 de iure patronatus (Ulpianus lib. 10 ad legem Juliam et Papiam): Si libertus minorem se centenario in fraudem legis fecerit, ipso iure non valebit id quod factum est et ideo quasi in centenarii liberti bonis locum habebit patronus rel. Die Stelle bringt noch weitere Detailentſcheidungen: *a*) Eine Veräußerung in fraudem patroni ohne

gegen der Freigelaſſene ein Vermögen von weniger als 100 aurei, ſo ſteht, wie geſagt, der Freiheit ſeiner letztwilligen Verfügung der Patron nicht mehr im Wege.[116]

IV. Jedes Pflichttheilsrecht iſt ein Recht auf einen Theil

ſich zum minor centenario zu machen iſt nicht contra legem, daher gültig, aber durch die actio Fabiana und die Calvisiana anfechtbar. *b*) Wenn der Freigelaſſene ſich zum minor centenario dadurch macht, daß er mehrere Sachen zugleich veräußert, ſo werden alle veräußerten Stücke von der Nichtigkeit pro rata ergriffen (§ 1). *c*) Erfolgen mehrere Veräußerungen nacheinander, ſo iſt nur diejenige nichtig, durch welche man ſich zum minor centenario macht, alle ſpäteren fallen unter den Geſichtspunkt der Fabiana und der Calvisiana (§ 2). — An dem letzten Satz, den auch Basil. 49, 1, 16 einfach wiedergeben, hat man ganz mit Unrecht Anſtoß genommen [Heineccius, dem Pothier (ad tit. de bonis libertorum No. 12) folgt, will ſogar korrigiren; nämlich ſtatt dem überlieferten Text: Si quis plane non semel alienaverit, sed quasdam res ante, quasdam postea, alienatio earum rerum, quae postea alienatae sint, ipso iure non revocabitur, sed priorum; in posterioribus Fabianae locus erit ſchlägt er vor ipso iure revocabitur, non priorum; sed in prioribus Fabianae locus est. Dazu hat offenbar die vorgefaßte Meinung beſtimmt, die erſte Veräußerung habe noch nicht zum minor centenario gemacht: aber gerade das iſt der Fall Ulpian's und der Kardinalpunkt]. Der Grund der Entſcheidung liegt darin, daß der Freigelaſſene bei den ſpäteren Veräußerungen, weil er ſchon minor centenario war, gar nicht mehr die Abſicht haben kann, in fraudem legis, ſondern nur die andere, in fraudem patroni zu handeln.

116) In Fr. 36 de bonis libertorum entwickelt Javolenus, der Patron ſei befugt, die bonorum possessio contra tabulas auch dann zu erbitten, wenn die von dem teſtamentariſchen Erben angetretene Erbſchaft überſchuldet ſei; denn er könne ein Affektionsintereſſe haben und über ſein Intereſſe ſtehe überhaupt Niemandem ein Urtheil zu. Das paßt vollkommen in einer Zeit, wo man in jedem Falle pflichttheilsberechtiget iſt; dagegen iſt es durch die Vorſchrift Juſtinian's, wonach das Pflichttheilsrecht erſt bei einem Vermögen von 100 aurei beginnt, ebenſo vollkommen beſeitiget. Löhr p. 267 ſtellt freilich die beiden Sätze nebeneinander, als ob ſie ſich miteinander vertrügen.

von Jemandes Nachlaß: daher nur zu gewähren durch Zuwendung aus dieſem Nachlaß. Es iſt ferner ein materielles Recht: daher die Form gleichgültig, in welcher dieſe Zuwendung letztwillig erfolgt. Dieſe Sätze gelten in ihrem vollen Umfang, wie bei dem Pflichttheilsrecht der Verwandten, ſo bei dem des Patrons.

1. Zuerſt iſt es die Erbeseinſetzung, wodurch dieſer Pflicht genügt werden kann:[117] und zwar nicht blos die des Patrons ſelber, ſondern überhaupt die eines Jeden, durch welchen der Patron erwirbt.[118]

2. Sodann kann durch Vermächtnis dem Pflichttheilsrecht entſprochen werden; ſei es ausſchließlich durch dieſes[119] oder durch Verbindung mit einer nicht zureichenden Inſtitution.[120]

3. Dem Vermächtnis gleich ſteht die mortis causa donatio;[121] die donatio inter vivos aber nur dann, wenn ſie

---

117) Fr. 3 § 10 de bonis libertorum: Toties ad bonorum possessionem contra tabulas invitatur patronus, quoties non est heres ex debita parte institutus.

118) Fr. 45 de bonis libertorum; Fr. 21 § 1 de iure patronatus. Es handelt ſich hier eben nicht um den honor institutionis, ſondern um materielles Bedenken [daher wird die Sache umgekehrt beurtheilt bei dem formellen Notherbrecht der liberi: Schmidt, das formelle Recht der Notherben p. 40]. Dabei kommt es im Allgemeinen darauf an, daß der Eingeſetzte im Augenblick des Erwerbs der Erbſchaft in der Gewalt des Patrons ſich befinde; denn nur dann erwirbt der Patron. Dieſem Fall iſt der andere gleichgeſetzt, wo der Patron das Gewaltverhältnis in fraudem edicti vorher gelöſt hat. Vergl. Fr. 50 p. § 1—3.

119) Fr. 3 § 15 de bonis libertorum: Si debita portio patrono legata sit, etsi scriptus heres non fuerit, satis ei factum est. Durch dieſen Satz wird alſo modifizirt, was in § 10 deſſelben Fragments (vergl. Anm. 117) von der institutio in allzu genereller Faſſung ausgeſagt iſt.

120) Fr. 3 § 15. 16 Fr. 44 § 1 de bonis libertorum.

121) Fr. 3 § 17 eod. tit.: Sed et mortis causa dona-

mit der Bedingung der Einrechnung in den Pflichttheil (contemplatione debitae portionis) gemacht worden iſt.[122]

4. Endlich fällt auch Dasjenige, was der Patron auf Grund letztwilliger Beſtimmung des Freigelaſſenen von einem Dritten conditionis implendae causa erhält, dann in den Pflichttheil, wenn es aus dem Vermögen des Erblaſſers ſelbſt kommt.[123]

---

tionibus poterit patrono debita portio suppleri; nam mortis causa donationes vice legatorum funguntur. Allerdings iſt hier zunächſt nur von Ergänzung des Pflichttheils durch mortis causa donatio bei dem zum Erben auf weniger als den Pflichttheil eingeſetzten Patron die Rede: allein das iſt lediglich Folge des Zuſammenhangs der Darſtellung. Für die allgemeine Gleichſtellung entſcheidet wie die Natur der Sache ſo insbeſondere die Begründung des Juriſten.

122) Fr. 3 § 18 eod. tit.: Sed et si non mortis causa donaverit libertus patrono, contemplatione tamen debitae portionis donata sunt, idem erit dicendum; tunc enim vel quasi mortis causa imputabuntur vel quasi agnita repellent patronum a contra tabulas bonorum possessione. Es iſt alſo hier wie bei der querela inofficiosi testamenti: Fr. 25 p. de inofficioso testamento; C. 35 § 2 eod. tit.; § 6 I. eod. tit.

123) Fr. 3 § 19 de bonis libertorum: Si patrono conditionis implendae causa quid datum sit, in portionem debitam imputari debet, si tamen de bonis liberti sit profectum. — Für die querela inofficiosi testamenti nimmt man ziemlich allgemein an, daß dasjenige, was irgend ein Honorirter conditionis implendae causa in Folge teſtamentariſcher Beſtimmung dem Pflichttheilsberechtigten zu geben hat, in den Pflichttheil deshalb nicht einzurechnen ſei, weil es aus dem Vermögen des Erblaſſers überhaupt nicht kommen könne (vergl. Francke, das Recht der Notherben p. 233; Mühlenbruch, Kommentar, Band 35 p. 294 ff.; Arndts, im Rechtslexikon, Band 8 p. 130). Aber die Möglichkeit des Gegentheils beweiſt die obige Stelle. Daſſelbe zeigt auch Fr. 36 de mortis causa donationibus, obgleich ſich die Gegner gerade auf dieſe Stelle berufen. Hier wird nämlich als Beiſpiel des conditionis implendae causa datum die dem statuliber aufgelegte Leiſtung angeführt und für die Frage, ob daſſelbe als aus den bona, quae mortis tempore testator habuit kommend zu betrachten ſei, in natürlicher Weiſe unterſchieden: daſſelbe komme dann daher, wenn es der statuliber ſchon bei Lebzeiten des Erblaſſers

V. In ſeinem letzten Willen verletzt der Freigelaſſene das Pflichttheilsrecht des Patrons

1. wenn er demſelben nichts zuwendet;

2. wenn er ihm etwas, aber weniger zuwendet als den Pflichttheil;

3. wenn er den ganz zugewendeten Pflichttheil dadurch hinwiederum ſchmälert, daß er ihn mit Laſten beſchwert. Dieſe können beſtehen:

a. in der Beſchwerung der Zuwendung durch conditio oder dies;

b. in der Auflage von Vermächtniſſen und Freiheitsertheilungen.

Wie bei dem Pflichttheilsrecht der Verwandten urſprünglich in allen dieſen Fällen einfach durch die querela inofficiosi testamenti, ſo wurde urſprünglich offenbar auch dem Patron überall in ein und derſelben Weiſe geholfen, nämlich durch Gewährung der contra tabulas bonorum possessio. Das war zweifellos ſo, wenn der Freigelaſſene dem Patron letztwillig gar nichts zugewendet,[124] desgleichen wenn er ihn zwar bedacht

---

im Pekulium gehabt, nicht aber im gegentheiligen Falle (vergl. über die Interpretation dieſer ſchwierigen Stelle Cuiacius, observ. VII, 24 und Pothier ad tit. de mortis causa donationibus no. 26).

124) *a*) Die contra tabulas bonorum possessio iſt begründet: Gaius III, 41; Ulpianus XXIX, 1; § 1 I. de successione libertorum; *b*) Bei gehöriger Einſetzung auf die debita pars fehlt regelmäßig jeder Grund zur Beſchwerde; denn der Patron erhält im Fall des Erbſchaftserwerbs was ihm gebührt, im Fall des Ausſchlagens aber liegt der Grund der Verkürzung in ſeinem eigenen Willen: Fr. 19 § 1 de bonis libertorum: Quodsi ex debita parte fuerit institutus, sive adiit sive non, a contra tabulas bonorum possessione repellitur, quasi debitam sibi portionem

hatte, aber mit weniger als dem Pflichttheil.[125] In der Hinzufügung einer conditio oder eines dies liegt eine Kränkung natürlich nur dann, wenn jene in dem Zeitpunkte noch nicht eingetreten ſind, wo der Pflichttheil gefordert werden kann, alſo nachdem der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft angetreten.[126] In dieſem Falle aber ſtand ausgemachterweiſe dem Patron

---

acceperit; nec poterit contra tabulas bonorum possessionem petere. Cfr. Fr. 3 § 10 eod. tit. c) Nur in einem Fall kann der ex debita parte institutus die contra tabulas bonorum possessio ſich erbitten, nämlich um die Fabiana erheben zu können: Fr. 3 si quid in fraudem patroni.

125) Gaius III, 41; Ulpianus XXIX, 1; § 1 I. de successione libertorum. Auch in den Pandekten wird gelegentlich von dieſer Auffaſſung ausgegangen: Fr. 21 § 1 de iure patronatus.

126) *a*) Die contra tabulas bonorum possessio iſt nicht begründet, wenn die Bedingung bei Lebzeiten des Teſtators erfüllt wird: Fr. 3 § 11 de bonis libertorum. *b*) Desgleichen wenn dieſelbe zwar beim Tode des Freigelaſſenen ſchwebt, aber vor der Delation der contra tabulas exiſtent wird: Fr. 3 § 12 eod. tit. *c*) Die conditio iurisiurandi beſchwert den Pflichttheil nicht, weil der Prätor ſie remittirt: Fr. 20 p. eod. tit. *d*) Die conditio in praeteritum vel in praesens collata kommt nicht in Betracht, weil keine wahre Bedingung: Fr. 3 § 13 eod. tit. *e*) Die unmögliche wird natürlich auch hier geſtrichen. *f*) Hierher gehört auch Fr. 3 § 14 eod. tit.: Si libertus patronum suum ita heredem scripserit: si filius meus me vivo morietur, patronus heres esto, non male videtur testatus; nam si decesserit filius, poterit hic existente conditione accipere bonorum possessionem. Pothier (ad h. tit. no. 28) will leſen: non poterit; eine Vermuthung, für welche nicht nur die Baſiliken ſprechen (49, 4, 2 § 14: existente conditione fit heres nec locus est bonorum possessioni contra tabulas), ſondern auch der Zuſammenhang der Stelle. Ohne die Negation handelt dieſelbe nämlich von der secundum tabulas bonorum possessio [das nimmt z. B. auch Schulting an]; nun aber iſt durchaus nicht erſichtlich, weshalb in dieſem Falle lediglich die bonorum possessio hervorzuheben, von der hereditas dagegen zu ſchweigen war und überdies verlangt der Zuſammenhang, daß von der contra tabulas bonorum possessio geſprochen werde, wie es in Folge der Lesart der Baſiliken und Pothier's geſchieht.

das Recht der contra tabulas bonorum possessio zu.[127] Wenn ſo ſchon der conditio und des dies wegen die contra tabulas bonorum possessio begründet erſchien, ſo war ſie es aller Wahrſcheinlichkeit nach urſprünglich ebenſo bei Belaſtung mit Vermächtniſſen; darauf ſcheint auch in den Pandekten noch eine Spur hinzudeuten.[128] Aber jedenfalls bald ſtellte das

---

127) Das ergibt ſich einfach aus den Stellen der vorigen Anmerkungen, welche unter der Vorausſetzung geſchrieben ſind, daß im gegentheiligen Fall der contra tabulas bonorum possessio Statt zu geben ſei. Dafür kann man ſich insbeſondere noch auf Fr. 43 de bonis libertorum berufen. Die Stelle ſagt: *a*) Wenn der Patron dem einen auf die dimidia pars eingeſetzten Erben ſubſtituirt iſt, ſo hat er, nachdem der andere Erbe antrat, die contra tabulas bonorum possessio ſofort, ſelbſt wenn die Bedingung ſeiner eigenen Einſetzung noch ſchwebt, weil der ihm vorgeſetzte Inſtitut noch deliberirt. *b*) Das iſt geradeſo bei Einſetzung unter einer gewöhnlichen Bedingung. c) Wenn jedoch die Bedingung ſeiner Einſetzung nachträglich eintritt, ſo verwandelt ſich die contra tabulas ihrer rechtlichen Behandlung nach in eine secundum tabulas bonorum possessio [derartige Umwandelungen ſind durchaus nichts ungewöhnliches; vergl. Schmidt, das formelle Recht der Notherben, p. 96]. Demnach wird hier zu leſen ſein: utrumne semis ex substitutione in possessionem secundum tabulas convertatur (die hervorgehobenen Worte mag der Abſchreiber überſehen haben, weil ſie in dem zu kopirenden Manuſkript mit irgend einem ſehr kurzen Kompendium geſchrieben waren) oder allenfalls auch durch Transpoſition: utrumne semis in possessionem ex substitutione convertatur.

128) In Fr. 6 § 8 si quis omissa causa testamenti (Ulpianus lib. 50 ad edictum) wird folgender Fall beſprochen. Ein Patron war ex debita parte zum Erben eingeſetzt, Titius auf den Reſt [die Stelle wird deutlicher, wenn man ſtatt dato sibi coherede lieſt dato Titio coherede; es iſt jedoch nicht nothwendig, ſo zu ändern]. Der Patron ſchlägt aus, weil mit Vermächtniſſen überlaſtet, erwirbt aber nachträglich, weil ſein teſtamentariſcher Miterbe ebenfalls ausgeſchlagen, die ganze Erbſchaft ab intestato: es fragt ſich nun, ob der Patron unter das Edikt falle si quis omissa causa testamenti ab intestato hereditatem possideat. Celſus meinte, das ſei allerdings der Fall und bewirke, daß nunmehr der Patron zwar die debita pars frei von Legaten erhalte,

Edikt[129] hier den beſonderen Satz auf, daß in einem ſolchen Fall der Patron die letztwillige Zuwendung annehmen könne, ohne die Vermächtniſſe[130] und ſelbſt ohne die Freiheits-

---

jedoch aus dem Reſt die Legate zu zahlen habe. Dem widerſpricht auch Ulpian nicht, fügt jedoch einſchränkend hinzu (was übrigens Celſus als ſelbſtverſtändlich betrachtet haben mag), daß das nur gelte, si coheres collusit cum patrono. Daraus geht hervor: die Juriſten nehmen an, durch das Ausſchlagen der überſchwerten debita portio habe der Patron ſein Recht auf den Pflichttheil nicht verloren [wäre die von dem Freigelaſſenen mit Vermächtniſſen überſchwerte Portion rechtlich als unbeſchwert zu betrachten geweſen, ſo wäre der Patron durch ihre Ausſchlagung ſeines Pflichttheilsrechtes verluſtig gegangen: Anm. 124]; ſie müſſen alſo weiter glauben, daß wenn der coheres antrat, der Patron die contra tabulas nachſuchen konnte, der Beſchwerung wegen. — Vergl. auch Fr. 21 § 1 de iure patronatus und Löhr p. 270.

129) Daß eine Vorſchrift des Edikts vorliege, wird nirgends ausdrücklich hervorgehoben. Es ergibt ſich jedoch der poſitive Charakter dieſer Entwickelung einmal aus der keinem Zweifel Raum gebenden Einſtimmigkeit der Juriſten, ſodann aus der ebenſo feſt beſtimmten Ausnahme, welche von der Regel gemacht wird. Gerade daraus ergibt ſich zugleich die Unzuläſſigkeit der von Löhr a. a. O. (der freilich die meiſten der hierher gehörigen Quellenzeugniſſe nicht berückſichtiget) aufgeſtellten Vermuthung, daß erſt Juſtinian die Ungültigkeit ausgeſprochen haben möge, die Pandekten daher in dieſem Sinne interpolirt ſeien. — Uebrigens ſcheint die Sache ſo geordnet worden zu ſein, daß, ſeit dem Patron geſtattet war die überſchwerte Portion anzunehmen, ohne die überſchwerenden Vermächtniſſe zahlen zu müſſen, damit die Befugniß, die contra t. b. p. zu nehmen der Beſchwerung wegen, nicht als aufgehoben betrachtet wurde.

130) *a*) Der Patron leiſtet die Vermächtniſſe nicht, wenn ex debita parte institutus: Fr. 28 de legatis II: Marcellus lib. 29 Digestorum (der Juriſt hebt hervor, es ſei das eine Begünſtigung der Perſon des Patrons; ſchlage er aus, ſo müſſe daher dieſe Vermächtniſſe zahlen, wem die Portion anfällt). Dabei iſt es gleichgültig, ob der Patron in eigener Perſon eingeſetzt iſt, oder der Sklav, durch welchen er erwirbt: Fr. 45 de bonis libertorum (Paulus lib. 9 quaestionum). *b*) Auch der ex asse institutus patronus leiſtet nichts aus ſeiner debita portio: Fr. 52 p. ad legem Falcidiam (Marcellus lib. 9 Digestorum). c) Die debita pars darf in gar keiner Weiſe beſchwert werden. Wenn der ex

ertheilungen,[131] ſoweit ſie den Pflichttheil belaſten, erfüllen zu müſſen. Dabei fügte es jedoch ausdrücklich die natürliche

---

debita parte institutus patronus mit dem Fideikommiß eines fundus unbedingt belaſtet und der Werth dieſes fundus ihm von einem anderen Erben bedingt legirt iſt, ſo ſoll auch das Fideikommiß die gleiche Bedingung annehmen. Aber auch durch die nunmehr begründete satisdatio fideicommissi servandi causa ſoll die debita portio nicht belaſtet werden dürfen: daher ſoll dieſe Kaution ſtatt des Patrons von dem mit dem Legat an den Patron belaſteten Miterben geleiſtet werden: Fr. 44 p. eod. tit. (Paulus lib. 5 quaestionum). *d*) Wenn der inſtituirte Patron, neben unbedingten mit einem bedingten Vermächtnis belaſtet, nur eventuell in ſeinem Pflichttheil verletzt wird, nämlich im Fall des Zahlbarwerdens des letzteren: ſo iſt die im Edikt der quarta Falcidia wegen aufgeſtellte satisdatio si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum est dem vorliegenden Fall zu akkommodiren (Fr. 1 p. § 14 si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit: Ulpianus lib. 79 ad edictum; die da gemeinte altera lex iſt die lex Papia). *e*) Der Patron braucht ſelbſt dann das ſeinen Pflichttheil beſchwerende Vermächtnis nicht zu gewähren, wenn er dem Vermächtnisnehmer die Erfüllung durch stipulatio verſprochen hat: Fr. 20 p. de donationibus: Marcellus lib. 22 Digestorum. [Bei der quarta Falcidia beſtand rückſichtlich dieſer Frage Meinungsverſchiedenheit der römiſchen Juriſten. Das bezeugt Juſtinian in C. 19 ad legem Falcidiam und entſcheidet ſich zugleich für die volle Wirkſamkeit der stipulatio in dieſem Fall. Daher ſind in die Pandekten nur Stellen ſolcher Juriſten aufgenommen, welche die Frage bejahen: Fr. 46 ad legem Falcidiam von Ulpian, Fr. 71 eod. tit. von Paulus, endlich Fr. 20 § 1 de donationibus von Marcellus (in welcher letzten Stelle Cujaz ganz ohne Grund eine Interpolation erkennen will, annehmend, Marcellus habe auf der anderen Seite geſtanden, vergl. Bynkershoek obs. VII, 16, und welches ganze Fragment verſchiedene Ausleger ebenſo grundlos reſtriktiv interpretiren wollen: Schulting ad h. l.) Demnach werden Pflichttheil des Patrons und quarta Falcidia des gewöhnlichen Erben in dieſem Punkte verſchieden behandelt (das hebt hervor Schol. Basil. 47, 1, 19 p.): den Grund der Bevorzugung des Patrons gibt Marcellus an in den Worten ne pars ex legibus verecundiae patronali debita minuatur.] *f*) Hat der Patron das ſeinen Pflichttheil beſchwerende Vermächtniß aus Irrthum bezahlt, ſo hat er die indebiti condictio: Fr. 60 ad senatusconsultum Trebelliauum: Paulus lib. 11 quaestionum. *g*) Wenn der Patron, auf den Pflichttheil zum Erben eingeſetzt und mit einem

Ausnahme hinzu, daß die den Kindern des Freigelaſſenen zugedachten Vermächtniſſe auch von dem Patron nach den gewöhnlichen Regeln, d. h. auch vom Pflichttheil aber mit Abzug der quarta Falcidia, zu erfüllen ſeien:[132] und es ergab ſich

---

Univerſalfideikommiß belaſtet, ſich weigert die ihm verdächtige Erbſchaft anzutreten, ſo unterliegt er dem Zwang aus dem Senatuskonſult: aber dadurch unterſcheidet er ſich von dem gewöhnlichen Erben, daß er auch nach dem Zwang noch das Recht haben ſoll, ſeinen Pflichttheil zu behalten: Fr. 27 § 13 ad senatusconsultum Trebellianum: Julianus lib. 40 Digestorum. Fr. 50 § 4 de bonis libertorum: Tryphoninus [ein Satz, der vielleicht auch auf das Pflichttheilsrecht der Verwandten anzuwenden iſt]. — Allen dieſen Einzelnheiten liegt der leitende Gedanke zu Grunde, daß der Patron ſo günſtig als möglich zu behandeln iſt.

131) Das berichtet Juſtinian in C. 4 § 16 de bonis libertorum mit dem Hinzufügen, daß in dieſer Beziehung der Pflichttheil des Patrons einer günſtigeren Behandlung unterlegen habe, als der der Verwandten. Im Einzelnen läßt übrigens die kurze Mittheilung der Konſtitution Zweifel übrig. Feſt ſteht danach, daß der Patron, welcher die contra tabulas bonorum possessio genommen, dieſe Schmälerung ſeines Pflichttheils nicht zu dulden brauchte. Andererſeits ſteht ebenſo feſt, daß die einmal erworbene Freiheit dem Freigelaſſenen nicht entriſſen werden kann (Abſchnitt III, Anm. 75). Daraus wird folgen: wenn entweder directae libertates durch den Antritt des institutus heres ipso iure wirkſam geworden ſind oder derſelbe fideicommissariae libertates gewährt hat durch Freilaſſung nach ſeinem Antritt: ſo ergänzte der Patron ſeine debita pars aus dem anderweitigen Nachlaß zu Ungunſten des institutus heres.

132) *a*) Die ſo begünſtigten Perſonen ſind lediglich die liberi: Fr. 64 § 3 ad senatusconsultum Trebellianum; Fr. 1 § 2 si quid in fraudem patroni. Das iſt begreiflich, weil durch Einſetzung der Kinder und nur der Kinder der Patron überhaupt beſeitiget werden kann. [Ganz irrig die Gloſſe zu Fr. 28 de legatis II und zu Fr. 35 de conditionibus et demonstrationibus: die ſo begünſtigten Perſonen ſeien die liberi et parentes; ſie verwechſelt die contra tabulas bonorum possessio des Patrons mit der den liberi zuſtändigen.] *b*) Der Patron hat dieſe Vermächtniſſe zu bezahlen, wenn ex debita parte institutus, und zieht lediglich die quarta Falcidia ab nach den gewöhnlichen Regeln: Fr. 64 § 3 ad senatusconsultum Trebellianum (Marcellus lib. 4 fidei-

als eine ſelbſtverſtändliche Konſequenz, daß er inſoweit überhaupt mit Vermächtniſſen belaſtet werden konnte, als ihm

---

commissorum). Hierher gehört auch Fr. 52 p. ad legem Falcidiam (Marcellus lib. 9 Digestorum): Ex asse patronum instituit libertus, quum ducentos aureos in bonis haberet, et legavit filio centum viginti, extraneo reliqua; deminutio legati, quod extraneo praestat legatum, proficit filio ad consequenda solida, quae ei legata sunt. Zunächſt handelt es ſich um das Verſtändnis des Falls. Das nachgelaſſene Vermögen des Freigelaſſenen beträgt 200; der Patron iſt zum alleinigen Erben ernannt; ihm ſind zwei Legate aufgelegt, das eine von 120 an den Sohn des Freigelaſſenen, das andere von 80 an einen gleichgültigen Dritten. Das Reſultat ſoll ſein, daß, weil dem Fremden zuerſt abgezogen wird, der Sohn ſein Legat ganz erhalte. Wie iſt das zu denken? Das Legat an den Sohn, weil ſchlechthin gültig, liegt auf der ganzen Erbſchaft: alſo zur Hälfte auf der debita portio von 100, ſodaß 40 frei bleiben, zur anderen Hälfte auf dem Reſt. Das zweite Legat an den extraneus liegt ganz auf dem Reſt, aus welchem mithin 60 + 80 bezahlt werden ſollen. Aber im Gegentheil muß der Patron daraus noch 10 erhalten zur Erfüllung ſeiner quarta Falcidia. Nun ſoll — und das iſt die Hauptſache — der Abzug der Quart in der Art vorgenommen werden, daß man die Legate an die Kinder nur dann angreift, wenn die Verkürzung der anderen nicht genügt. Die Reihenfolge iſt alſo dieſe. Von der Hälfte der Erbſchaft, welche der Patron nicht als Pflichttheil, ſondern wie ein gewöhnlicher Erbe hat, erhält er ſelbſt zuerſt 10 zur Ergänzung der Quart; ſodann folgt das Legat von 60 an den Sohn des Freigelaſſenen; lediglich den Reſt von 30 kann der extraneus von ſeinem Legat in Anſpruch nehmen. Wenn man dieſe Ausführung von Marcellus auf das Recht Juſtinian's überträgt, alſo den Pflichttheil lediglich zu einem Dritttheil der Erbſchaft annimmt, ſo ändert ſich zwar die Rechnung, aber nicht das Reſultat. [Ueber alles Maß willkürlich behandelt dieſe Stelle, wo es nicht einmal abſolut nothwendig iſt praestat legatum in praestandum umzuändern, Cujaz, observ. XXV, 24; er ſtreicht nämlich viginti, desgleichen deminutio legati und fügt non vor praestat hinzu.] c) Der Patron hat dieſe Vermächtniſſe auch dann zu zahlen, wenn er durch die contra tabulas bonorum possessio zur Erbfolge kommt. Dieſen Satz hat Fr. 4 p. de conditionibus et demonstrationibus (Pomponius lib. 3 ad Sabinum) zur Vorausſetzung, wenn es erklärt, daß, im Fall der Patron die contra tabulas bonorum possessio nahm gegenüber einem Teſtament, worin den Kindern des Freigelaſſenen bedingte Vermächtniſſe zugedacht

zugewendet wurde über den Betrag des Pflichttheils hinaus.[133]

So ſtand die Sache bis auf Kaiſer Juſtinian; dieſer aber nahm mannichfache Veränderungen vor.

1. Was zunächſt die Belaſtung mit Vermächtniſſen betrifft, ſo war der Kaiſer mit der dieſem Fall vom Prätor zugewieſenen Behandlungsweiſe einverſtanden, ja ſie wurde offenbar in gewiſſen Beziehungen das Muſter für die Fortentwickelung der querela inofficiosi testamenti und unſerer contra tabulas bonorum possessio. Daher bleibt es prinzipiell dabei, daß die Vermächtniſſe ſo weit in Wegfall kommen, als ſie den Pflicht-

---

ſind, der Prätor anzuordnen habe [dergleichen geſchieht durch decretum praetoris: Fr. 41 de bonis libertorum], daß nunmehr die Kinder auch dem Patron nach Verhältnis ſeines Erbtheils leiſten, was ihnen in Form der Bedingung urſprünglich nur als Leiſtung an die eingeſetzten Erben aufgelegt iſt. [Daß der Patron die contra tabulas bonorum possessio genommen, folgt nicht nur aus der Translation der Bedingung, ſondern auch ſchon aus der Entgegenſetzung et patrono et scriptis heredibus.]

133) Fr. 44 p. de bonis libertorum. [Das iſt ebenſo bei dem Pflichttheilsrecht der Verwandten: Francke § 19.] Aber durch Hinterlaſſung von mehr als dem Pflichttheil ſoll der Patron im Allgemeinen nicht genöthiget werden können, zu thun, was ihm nicht anſteht. Davon handelt Fr. 41 de bonis libertorum (Papinianus lib. 12 quaestionum). *a*) Wenn der Patron auf die debita portio inſtituirt und ihm außerdem ein Legat mit der Auflage zugedacht iſt, einen beſtimmten, ihm gehörigen Sklaven zu manumittiren, ſo kann er die institutio annehmen, von dem Legat und ſeiner Laſt aber durch den Prätor ſich befreien laſſen. *b*) Iſt er allein zum Erben eingeſetzt und hat einen Subſtituten: ſo iſt auf ſeinen Antrag durch Dekret zu beſtimmen, daß der Patron nur die debita pars behalte, der Reſt aber ſofort an den Subſtituten komme mit der Verbindlichkeit, den Sklaven frei zu kaufen, ſobald er kann. [Offenbar geht auch im erſten Fall die Meinung dahin, daß dem von der Auszahlung des Legats befreiten Miterben die gleiche Verbindlichkeit aufzulegen ſei.] *c*) Iſt kein Subſtitut vorhanden, ſo iſt der Patron, welcher die Erbſchaft annahm, durch den praetor fideicommissarius zur Freilaſſung zu zwingen.

theil belaſten.[134] Nur folgende Modifikationen verordnete Juſtinian:

a. Auch die den Kindern zugedachten Vermächtniſſe ſollen wegfallen, damit Gleichheit mit der querela inofficiosi testamenti herbeigeführt werde.

b. Dagegen die aufgelegten libertates ſollen geleiſtet werden, und zwar aus demſelben Grund.

c. Was der Patron über die debita portio hinaus erhält, das kann wie früher mit Vermächtniſſen belaſtet werden und wenn es nicht zureicht, ſo gehen die Vermächtniſſe über auf die Miterben, welche ihrerſeits die quarta Falcidia nach den gewöhnlichen Regeln abzuziehen berechtiget ſind.[135]

2. Die den Pflichttheil belaſtende conditio, desgleichen der dies ſollen nicht mehr die contra tabulas bonorum possessio begründen, ſondern einfach geſtrichen werden:[136] alſo von jetzt an dieſelbe Behandlung, wie ſie den Vermächtniſſen ſchon längſt zu Theil wurde.

3. Die Einführung der suppletoria actio bei dem Pflichttheil der Verwandten war eine wichtige Maßregel, weil nicht blos formelle Neuerungen ſondern auch die materielle herbeiführend, daß der Verletzte nicht mehr wie bisher den ganzen

---

134) Zum Erben eingeſetzt kann der Patron den Pflichttheil frei von Legaten beanſpruchen; nicht aber kann er noch außerdem die quarta Falcidia in Abzug bringen. Das erklärt ausdrücklich Juſtinian in C. 4 § 18 de bonis libertorum (nam Falcidia in ipsa triente inest), cfr. Fr. 1 § 14 si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit; eine ganz entſcheidende Analogie für das Recht der querela inofficiosi testamenti.

135) C. 4 § 16. 18 de bonis libertorum; desgleichen die Const. sub F; § 3 I. de successione libertorum.

136) C. 4 § 17 de bonis libertorum.

Inteſtattheil, ſondern nur ſeinen Pflichttheil einklagen konnte. Bei der dem Patron gewährten contra tabulas bonorum possessio galt dagegen von jeher der Grundſatz, daß in allen Fällen nichts eingeklagt werden konnte als die debita portio.[137] Dennoch wurde die suppletoria von Juſtinian offenbar auch für den Pflichttheil des Patrons eingeführt[138] und wenn die Folgen dieſer Neuerung auch nur formeller Natur ſein konnten, ſo erwieſen ſich dieſelben doch nicht als bedeutungslos:

a. Während die bonorum possessio bei der Obrigkeit innerhalb einer beſtimmten kurzen Friſt nachgeſucht werden muß, iſt die suppletoria frei von dieſer Formalität und unterliegt lediglich der Klagenverjährung.

b. Während der Patron durch die bonorum possessio prätoriſcher Univerſalſucceſſor wird, mithin auch die Erbſchaftslaſten zu ſeiner Quote zu übernehmen hat, iſt die actio suppletoria einfach eine perſönliche Klage wider die Erben.

c. Der Patron kann von jetzt an ganz unbedenklich das

---

137) § 1 I. de successione libertorum: — et si nihil aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiae bonorum possessio.

138) Die herrſchende Meinung bezieht mit Recht hierher die Worte der die suppletoria actio einführenden C. 30 de inofficioso testamento: — liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitima sibi relictum est ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere; desgleichen wenn es in § 3 I. de successione libertorum heißt sed tertiam partem bonorum liberti consequantur vel quod deest iis ex constitutione nostra repleatur, ſo verſteht ſie unter der hier erwähnten Konſtitution trotz Schrader's Widerſpruch mit Recht die C. 30 de inofficioso testamento. Vergl. auch die C. 4 sub F de bonis libertorum. — Vergl. Schmidt, das formelle Recht der Notherben p. 155.

ihm im Teſtament zugewendete Vermächtnis annehmen; denn die contra tabulas b. p. hat er, wenn irgendwie letztwillig bedacht, jetzt überhaupt nicht mehr: die suppletoria actio aber wird durch jene Annahme keineswegs ausgeſchloſſen.[139]

4. Demnach iſt bei Juſtinian die bonorum possessio contra tabulas der Regel nach[140] nur noch in einem einzigen Falle begründet, nämlich dann, wenn der Freigelaſſene dem Patron letztwillig gar nichts zugedacht hat.

VI. Die contra tabulas bonorum possessio iſt ein beſonderer Fall der bonorum possessio überhaupt, folgt alſo den Grundregeln dieſes prätoriſchen Inſtituts. Daher hat ihre Nachſuchung in derſelben Art zu erfolgen, wie die einer jeden anderen bonorum possessio,[141] und zwar in der gewöhnlichen Friſt der centum dies utiles.[142] Daher wird

---

139) Der allgemeine Geſichtspunkt der suppletoria iſt der, daß die Sache behandelt wird, wie hätte der Teſtator ſelbſt im Teſtament die eventuelle Ergänzung angeordnet (C. 30 p. de inofficioso testamento); ſie iſt demnach eine Klage, welche den Willen des Teſtators zur Baſis habend durch ein agnoscere iudicium defuncti nicht behindert werden kann.

140) Ein Fall, wo auch der ex debita parte institutus der contra tabulas bonorum possessio noch bedarf, wird ſpäter hervorgehoben werden (Abſchnitt III, Anm. 49).

141) Petere, admittere, agnoscere bonorum possessionem ſind auch hier die gewöhnlichen Bezeichnungsweiſen Fr. 2 p. Fr. 3 § 6 Fr. 16 § 5. 7. 10 Fr. 36 Fr. 43 Fr. 50 § 5 de bonis libertorum.

142) C. 1 de bonorum possessione contra tabulas liberti: — intra tempora edicto praestituta. In Fr. 4 § 1 quis ordo in possessionibus servetur heißt es, der Sohn habe überall den annus, auch wenn er als Kognat oder als Agnat die bonorum possessio nachſuche, gerade wie der Vater in allen Fällen den annus habe, auch wenn er als manumissor den Sohn beerbe. Daraus folgt, daß der manumissor als ſolcher den annus nicht hat.

ferner der Patron auf dieſem Wege prätoriſcher Erbe zu ſeiner Quote, tritt alſo nach Maßgabe dieſer in das Eigenthum an den Erbſchaftsſachen, in die Erbſchaftsforderungen und die Erbſchaftsſchulden durch Univerſalſucceſſion.[143] Daher ſind endlich ſeine Klagen die des bonorum possessor; alſo das interdictum Quorum bonorum, die hereditatis petitio possessoria u. ſ. w.[144]

Gleich der den liberi eingeräumten iſt die dem Patron zuſtändige eine wahre contra tabulas bonorum possessio d. i. beide ſind gerichtet wider ein mindeſtens nach prätoriſcher Auffaſſung gültiges Teſtament, alſo ein ſolches, woraus auch secundum tabulas bonorum possessio möglich iſt. Aber weſentlich unterſcheiden ſich beide durch den Grund, aus welchem die tabulae testamenti beſeitiget werden. Die liberi nämlich haben dieſe Befugnis wegen einer formellen Verletzung, der Präterition, dagegen ſteht ſie dem Patron zu wegen der materiellen Verletzung im Pflichttheil.[145]

---

143) Vergl. Fr. 36 de bonis libertorum.

144) Beſonders hervorgehoben wird, daß, wenn der scriptus heres innerhalb der Friſt, welche dem Patron für die Nachſuchung dieſer bonorum possessio offen ſteht, Klage gegen den Erbſchaftsſchuldner erhebt, dem Beklagten wie in ähnlichen Fällen die exceptio gewährt wird: si non in ea causa sit patronus, ut bonorum possessionem pro parte debita contra tabulas petere possit: Fr. 25 de bonis libertorum.

145) Beide gehören daher in dem Syſtem des Privatrechts nicht an dieſelbe Stelle, ſondern an verſchiedene. Deshalb iſt es ſchwer einzuſehen, wie gerade der ſonſt ſo ſcharf unterſcheidende Puchta dazu kommen konnte die dem parens manumissor zuſtändige contra tabulas bonorum possessio, eine vollſtändige Nachbildung der hier in Frage ſtehenden, mit der contra tabulas bonorum possessio der liberi zuſammen und unter die Rubrik der Notherbfolge wegen Präterition zu ſtellen: Pandekten § 487.

Demgemäß hat dieſe bonorum possessio des Patrons materielle Verwandtſchaft mit der querela inofficiosi testamenti. Aber auch dieſe beide unterſcheiden ſich ſofort in charakteriſtiſcher Weiſe durch ihre Konſtruktion. Weil es lediglich die Praxis eines Gerichtshofs war, welche die querela inofficiosi testamenti einführte, deshalb ſuchte man nach einer äußeren, formellen Rechtfertigung für dieſes Wagnis und fand ſie in dem color insaniae d. h. in der Behauptung, ein in Wahrheit nicht Wahnſinniger habe in einer Art teſtirt, daß ſein letzter Wille es verdiene, gegenüber beſtimmten, ihm von der Natur nahe geſtellten Perſonen gerade ſo behandelt zu werden, wie der eines Wahnſinnigen. Der Kläger beſchwert ſich, dem entſprechend, über eine ihm durch den testator zugefügte iniuria, ſeine Klage enthält eine accusatio, und zwar regelmäßig gerichtet wider eine Reſpektsperſon. In dieſer Baſis der Klage liegt der Grund, weshalb ſie ein ganz beſonders ungünſtig behandeltes Rechtsmittel iſt.[146] Völlig anders das Pflichttheilsrecht des Patrons. Als der Prätor demſelben die bonorum possessio contra tabulas gewährte — eine Maßregel, welche eine Korrektur des civile ius in ſich trägt wie irgendeine —, da genügte einfach die Auktorität ſeines Amtes, ohne daß er ſich veranlaßt geſehen hätte, dieſem bedeutſamen Schritt irgend eine fiktive Baſis unterzulegen. Allerdings wird man auch von der Bitte um dieſe bonorum possessio ſagen können, ſie enthalte eine accusatio: aber niemals liegt darin das Anklagen einer Reſpektsperſon ſondern umgekehrt die Behauptung, es ſei eine Reſpektsperſon verletzt worden. Daher hier

146) Schmidt, das formelle Recht der Notherben p. 173.

nichts von Subſidiarität und dergleichen, ſondern, wie ſchon angegeben, einfach prätoriſches Erbrecht mit ſeinen Folgen.

Andererſeits fehlt es jedoch natürlich nicht an ſehr weſentlichen Uebereinſtimmungen. Dahin gehört insbeſondere folgender Punkt. Den liberi wird die bonorum possessio contra tabulas parentis deferirt, ſobald eine Beerbung des Patrons überhaupt möglich iſt, und mit Recht: denn wer formelles Notherbrecht hat, der kann verlangen, daß er entweder unter den heredes oder unter den exheredes verzeichnet ſei; er iſt alſo, wenn präterirt, verletzt, ſobald das Teſtament ſeine Wirkſamkeit beanſprucht d. i. unmittelbar mit dem Tode des Erblaſſers. Dagegen folgt die dem Patron gewährte bonorum possessio contra tabulas liberti hier dem Muſter der querela inofficiosi testamenti [147] d. h. ſie wird erſt deferirt, nachdem ein Erbe aus dem Teſtament die hereditas angetreten oder bonorum possessio secundum tabulas erbeten hat. [148] Das entſpricht ebenſo vollkommen der beiden gemeinſamen Natur des Pflichttheilsrechtes. Wer nämlich Anſpruch auf einen materiellen Theil der Erbſchaft hat, der kann als verletzt erſt dann betrachtet werden, wenn feſt ſteht, daß er auf Grund des Teſtaments das ihm Geſchuldete nicht erhält; dieſe Feſtſtellung erfolgt aber nicht ſchon durch das Angebot der teſta-

147) Fr. 8 § 10 de inofficioso testamento.

148) Fr. 3 § 5 de bonis libertorum: Ut patronus contra tabulas bonorum possessionem accipere possit, oportet hereditatem aditam esse aut bonorum possessionem petitam; sufficit autem, vel unum ex heredibus adiisse hereditatem bonorumve possessionem petiisse. — Fr. 3 § 12 Fr. 35 Fr. 36 Fr. 42 § 1 Fr. 43 eod tit.

mentariſchen Erbfolge, ſondern erſt durch den Antritt aus dem Teſtament.

Mit der querela inofficiosi testamenti verlangt der Pflichttheilsberechtigte ſeinen Inteſtaterbtheil. Daher führt ſie im Falle des Siegs zwar häufig zur Reſciſſion des ganzen Teſtaments, aber bekanntlich keineswegs mit Nothwendigkeit, vielmehr bringt ſie nicht ſelten eine direkte Verletzung des alten civilen Satzes nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.[149] Was ſo als zufälliger Erfolg der querela inofficiosi testamenti erſcheint, das iſt der prätoriſch nothwendige bei der contra tabulas bonorum possessio des Patrons; denn, erſt gewährt, nachdem der im Teſtament eingeſetzte Erbe erworben, entzieht ſie dieſem lediglich eine certa pars hereditatis: es beſtehen alſo hier prinzipiell bonorum possessio secundum tabulas und contra tabulas nebeneinander.[150]

Mit dieſer Verſchiedenheit der contra tabulas bonorum possessio von der querela hängt eine beſondere Vorſchrift, welche das Edikt zu Gunſten des Patrons traf, zuſammen. Weil wer als Patron die contra tabulas bonorum possessio nahm, durch Akkreſcenz nicht mehr erhalten kann als die certa pars, deshalb verſprach der Prätor demſelben für den Fall des Bedürfniſſes die Gewährung einer zweiten bonorum possessio auf den Reſt.[151]

---

149) Fr. 15 § 2 Fr. 19 Fr. 24 de inofficioso testamento.

150) Fr. 6 der folgenden Anmerkung.

151) Fr. 6 p. de bonorum possessionibus (Paulus lib. 41 ad edictum): Sed quum patrono quidem contra tabulas certae partis bonorum possessionem praetor polliceatur, scripto autem heredi secundum tabulas alterius partis, convenit,

Nicht ohne Intereſſe iſt eine andere Abweichung. Wenn im vorjuſtinianiſchen Recht ein pflichttheilsberechtigter Verwandter die querela inofficiosi erhob, weil zwar vom Erblaſſer im Teſtament bedacht, aber mit weniger als dem Pflichttheil, ſo erhielt er einfach ſeinen Inteſtaterbtheil, ohne irgendeine Berückſichtigung des im Teſtament ihm Zugewendeten. Das war natürlich; denn zu der Erklärung, der Erblaſſer habe ſich gegen den Kläger wie ein Wahnſinniger benommen, hätte die Aufrechterhaltung derartiger letztwilliger Anordnungen in der That ſchlecht gepaßt. Anders bei der contra tabulas bonorum possessio des Patrons. Weil hier kein fingirter Wahnſinn die Baſis bildete, deshalb lag es nahe, den letzten Willen ſoweit wie möglich ſchonend, einen anderen Weg einzuſchlagen. In dem Falle nämlich, wo dem Patron im Teſtamente des Freigelaſſenen zwar etwas, aber zu wenig zugewendet iſt, meſſen die römiſchen Juriſten der contra tabulas

---

non esse ins accrescendi; igitur non petente scripto herede secundum tabulas, alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur, quum ceteri, quibus accrescendi ius est, semel debent agnoscere bonorum possessionem. Das Verſtändnis dieſer Stelle wird dadurch einigermaßen erſchwert, daß der Patron die contra tabulas bonorum possessio erſt nachſuchen kann, nachdem der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft erworben. Die Sache erklärt ſich jedoch folgendermaßen. Die contra tabulas bonorum possessio iſt begründet, ſobald der scriptus heres die Erbſchaft antrat; daß er die secundum tabulas gebeten habe, wird keineswegs verlangt. Wenn nun der institutus heres der Erbſchaft ſich nachträglich wieder entſchlägt durch in integrum restitutio, ſo iſt in der Regel der Patron der ab intestato Berufene. Hat aber dieſer die contra tabulas bonorum possessio ſchon erhalten des Pflichttheils wegen, ſo iſt ihm folgeweiſe die intestati bonorum possessio verſagt: dieſe Unbilligkeit beſeitigte eine eigene Ediktsſtelle. (Vergl. Löhr p. 280.)

bonorum possessio einen ergänzenden Charakter bei,[152] in der Art, daß dem Patron zuerſt eingerechnet wird,[153] was ihm letztwillig zugedacht wurde (alſo die Erbportion, das Legat[154] u. ſ. w.) und daß lediglich der am Pflichttheil noch fehlende Reſt allen übrigen aus dem Teſtament etwas Erhaltenden nach Verhältnis abgezogen wird, alſo namentlich den Erben und Vermächtnisnehmern.[155] Davon ausgenommen iſt natürlich der Mitpatron; er behält ſeine debita portio, aber auch nur ſie, frei von jedem Abzug.[156] Andererſeits aber[157]

---

152) Fr. 10 p. de bonis libertorum: — ei, cui satisfactum non erit, ita actio dabitur, ut eius portio suppleatur. —

153) Fr. 20 § 2. 3 eod. tit.: imputatur.

154) Fr. 20 § 2. 3 cit. Daraus erklärt ſich Fr. 16 § 10 de bonis libertorum (Ulpianus): Ei, qui substitutus erit patrono, qui contra tabulas bonorum possessionem petierit, actio eius partis, cuius patrono possessio data erit, non datur. Das heißt: wenn der zum Erben eingeſetzte Patron die contra tabulas bonorum possessio erhalten hat, ſo rückt ſein Subſtitut nicht nach (der Prätor denegirt ihm die actio); denn der dem Patron zugedachte Theil wird in die contra tabulas bonorum possessio deſſelben eingerechnet. [Der ſorgfältig gewählte Ausdruck actio eius partis — non datur erklärt ſich daraus, daß dieſer Subſtitut zugleich Inſtitut auf einen anderen Theil ſein kann, für welchen ihm die actio nicht verweigert wird.]

155) *a*) Der Abzug erfolgt von einem jeden Erben pro portione cuiusque: Fr. 20 § 2 de bonis libertorum; cfr. Fr. 16 § 11 eod. tit. *b*) Desgleichen von den Vermächtnisnehmern nach gleichem Verhältnis. Das iſt der Sinn von Fr. 20 § 3 eod. tit.: der Patron hat mit Titius ein Legat zuſammen erhalten; ſeinen Legatstheil rechnet er in den Pflichttheil, dem Titius wird von ſeinem Antheil an der legirten Sache nach demſelben Verhältnis abgezogen, wie den eingeſetzten Erben (quantum ab herede pro rata portione). *c*) Nur die Vermächtniſſe an die Kinder unterlagen früherhin dem Abzuge nicht, aber Juſtinian beſeitigte dieſe Ausnahme. (Anm. 132, 135.)

156) Fr. 10 p. Fr. 34 de bonis libertorum. Einer analogen Behandlungsweiſe begegnen wir bei der querela inofficiosi testamenti.

157) Dieſes Verhältnis hat richtig gewürdiget Löhr p. 279.

galt jene Einrechnung des im Teſtament Zugewendeten doch nur für die Art der Gewährung des Pflichttheils: der Patron erhält auch dieſes nicht aus dem Teſtament, ſondern dem Teſtament zuwider. Das Edikt ſelber nämlich ſagte, es werde der Prätor demjenigen Patron, der ſein Recht aus dem Widerſpruch gegen das Teſtament ableitet, jede auf Grund des letzten Willens, ſei er Teſtament oder Kodizill, begehrte Klage verſagen, namentlich die hereditatis petitio, welche er als institutus heres erheben will, die persecutio legati, mortis causa donationis u. ſ. w., und zwar nicht blos in dem Fall, wo die Zuwendung an ſeine Perſon gerichtet, ſondern auch in dem anderen, wo ſie Demjenigen gemacht iſt, durch welchen der Patron mittelbar erwirbt.[158] So im vorjuſtinianiſchen

---

158) *a*) Darüber gab es einen eigenen Ausſpruch des Edikts: Fr. 16 § 8 de bonis libertorum. *b*) Die römiſchen Juriſten ſagen: repellitur ab omni liberti iudicio: Fr. 16 § 5, d. h. der Prätor verſagt ihm die Klage: Fr. 16 § 6. *c*) Dieſe Verweigerung der Klage tritt auch dann ein, wenn der Patron, welcher die contra tabulas bonorum possessio nahm, im Teſtament des Freigelaſſenen zum Pupillarſubſtituten von deſſen Sohn ernannt dieſe Subſtitution geltend machen will: Fr. 16 § 5. [Offenbar iſt dieſe Stelle unter dem Einfluß des papiſchen Rechts geſchrieben, wonach der Patron auch wenn naturales liberi des Freigelaſſenen zu Erben eingeſetzt ſind, ein Pflichttheilsrecht haben kann. Im Sinne Juſtinian's läßt ſie ſich nur noch von dem Fall verſtehen, wo dem im väterlichen Teſtament exheredirten impubes filius der Patron ſubſtituirt iſt.] *d*) Ebenſo bei letztwilligen Zuwendungen an subiectae personae des Patrons: Fr. 16 § 8. *e*) Nur die Ausnahme macht die Interpretation dem Edikt gegenüber, daß die Klage aus dem Teſtament dem Patron dann gegeben werden ſoll, wenn die Zuwendung gar nicht ſeinen Vortheil bezweckt, ſondern den eines Anderen. So wenn er das ihm zugewendete Legat in Folge gemachter Auflage einem Dritten herauszugeben hat: Fr. 16 § 7. 8; desgleichen wenn ihm der Werth ſeines Sklaven vermacht wird, damit er denſelben freilaſſe. Das hierhergehörige Fr. 16 § 9 lautet in unſern Ausgaben: Dabimus legati petitionem patrono,

Recht. Gerade weil nun hier ſchon der contra tabulas bonorum possessio dieſer ſuppletoriſche Charakter in dem angegebenen Sinne beigemeſſen wurde, deshalb lag die Frage nahe, ob in einem ſolchen Falle die Nothwendigkeit der contra tabulas bonorum possessio überhaupt gerechtfertiget ſei: und es begreift ſich, daß der Kaiſer, als er bei dem Pflichttheilsrechte der Verwandten die querela inofficiosi testamenti Denen abſchlug, welchen lediglich zu wenig zugewendet war, auch für den Pflichttheil des Patrons den gleichen Weg einſchlug, alſo in dem genannten Fall die contra tabulas bonorum possessio verſagte und ſtatt deſſen dem Patron vorſchrieb, das ihm letztwillig Zugewendete einfach anzunehmen, dasjenige aber, was zur Ausfüllung der debita portio fehlte, durch die suppletoria actio einzuklagen.

---

si servo patroni dederit libertatem, pretio eius patrono praelegato. Hier iſt offenbar zu leſen si servo patroni dederit libertus libertatem (cfr. Basil. 49, 4, 13); das ausgefallene Wort konnte von dem Schreiber der Kompilatoren um ſo leichter überſehen werden, wenn, wie wahrſcheinlich, in der zu kopirenden Handſchrift geſchrieben ſtand: dederit lib. lib.tem (vergl. die Siglen bei Valerius Probus und bei Gaius). *f*) Alles, was der Patron auf Grund der contra tabulas bonorum possessio zu fordern hat, klagt er mit den Klagen des bonorum possessor ein, alſo namentlich auch die ihm im Teſtament zugedachten, nunmehr in ſeinen Pflichttheil einzurechnenden Dinge.

III.

Actio Fabiana; actio Calvisiana.

Nicht blos durch letztwillige Anordnungen kann der Freigelassene den Pflichttheil des Patrons beeinträchtigen, sondern auch durch Verminderung seines Vermögens unter Lebendigen. Geschieht das ohne den dolus des Freigelassenen, so wurde der dem Patron zugefügte Nachtheil natürlich niemals berücksichtiget. Wenn dagegen der Veräußerer diese Verminderung in der bösen Absicht herbeigeführt, den Pflichttheil des Patrons zu verkürzen, so schritt das Edikt in verschiedener Weise ein.

Die erste Maßnahme des Prätors zeigt sich in der Art, wie er die Berechnung des Pflichttheils vorzunehmen befahl. In Rechnung gezogen wird nämlich, wie schon oben zu berühren war, nicht blos das im Augenblick des Todes des Freigelassenen vorhandene Vermögen, sondern auch quae dolo malo fecit, quominus haberet,[1] also derjenige Betrag, um welchen der Freigelassene sich ärmer gemacht hat, in der Absicht den Pflichttheil des Patrons zu beschädigen und es umfaßt dieser weite Ausdruck nicht blos die durch Veräußerung an Dritte, sondern auch die durch Dereliktion, durch Vernichtung der Sache, durch Manumission von Sklaven u. s. w.

---

1) Fr. 3 § 20 de bonis libertorum. Vergl. Abschnitt II, Anm. 93.

herbeigeführte Vermögensverminderung. In Folge dieſer Beſtimmung des Edikts genügte dem Rechte des Patrons die contra tabulas bonorum possessio dann, wenn zur Zeit des Todes des Freigelaſſenen ſich ſo viel in ſeinem Vermögen befand, daß die Verletzung im Pflichttheil ſich dadurch ausgleichen ließ; denn der Patron entzieht durch jene bonorum possessio den letztwillig Bedachten die debita pars in dem angegebenen Sinne.[2] War dagegen in dem Nachlaß überhaupt weniger enthalten als der Pflichttheil beträgt, ſo gab es urſprünglich für den Patron keine Hülfe; denn ſelbſt wenn jene Verletzung durch Bereicherung eines Dritten herbeigeführt worden war, ließ ſich eine Klage des patronus bonorum possessor wider den Bereicherten nicht begründen, weil dieſer weder Schuldner des Freigelaſſenen geworden noch auch eine res hereditaria entweder pro herede oder pro possessore beſaß.

Gerade in dieſem Fall — alſo wo der Freigelaſſene einen Dritten in der Abſicht bereicherte, um den Pflichttheil zu verletzen und wo der Nachlaß den Pflichttheil nicht enthielt[3] — legte ſich (wahrſcheinlich nicht allzu lange Zeit nach Einführung der contra tabulas bonorum possessio des Patrons und jedenfalls vor der lex Aelia Sentia) ein Prätor Fabius[4]

---

2) Vergl. Francke, das Recht der Notherben p. 491. — Die institutio ex debita parte genügt auch in dieſem Falle dem Rechte des Patrons; denn bei ihr gilt natürlich dieſelbe Berechnung.

3) Wenn der Nachlaß den Betrag des Pflichttheils noch enthält, ſo erhält der Patron dieſen vollſtändig durch die contra tabulas bonorum possessio und es kann folglich derſelbe nicht erſt durch die Fabiana ergänzt werden. Das hebt mit Recht hervor Francke a. a. O.

4) Die Florentina ſchreibt actio Faviana, dagegen Paulus (sent. III, 3) Fabiana; die letztere Schreibart iſt offenbar die

helfend ins Mittel. Er gab nämlich dem Patron, welcher die contra tabulas nachgesucht, ohne durch diese den ganzen Pflichttheil erhalten zu können, solcher Veräußerungen wegen eine Klage wider den Erwerber: actio Fabiana, iudicium Fabianum.[5] Einer seiner nächsten Nachfolger wendete die Grundsätze der Fabiana auf den Fall an, wo der Patron ab intestato Erbe geworden: actio Calvisiana.[6] Daher beruhen beide Klagen im Allgemeinen ganz auf denselben Grundlagen; die Quellen berichten nirgends von einer prinzipiellen Verschiedenheit, fassen vielmehr beide im allgemeinen Grundsatz zusammen,[7] und es liegt in dieser Entwickelung in der Hauptsache das Bedeutsame, daß das ursprünglich nur dem Testament gegenüber ausgesprochene Pflichttheilsrecht nunmehr auch auf die Intestaterbfolge übertragen wird.[8]

---

richtige, weil es nur einen römischen Namen Fabius gibt. Der angeführte Titel von Paulus hat die Ueberschrift de lege Fabiana; daß damit jedenfalls nur das Edikt gemeint sein könne, darüber ist man einig. Schulting konjicirt de actione Fabiana oder de formula Fabiana, wie sofort im Text von Paulus gesagt wird; Huschke hat die letzte Vermuthung in den Text der Ueberschrift aufgenommen: ich glaube, mit Recht.

5) Gewöhnlich Fabiana, bald mit, bald ohne actio; iudicium Fabianum: Fr. 1 § 16. 22 si quid in fraudem patroni factum sit; formula Fabiana: Paulus III, 3.

6) Die Calvisiana findet sich seltener und gewöhnlich nur beiläufig erwähnt; Paulus z. B. spricht nur von der Fabiana. Der Punkt, wodurch beide Klagen sich unterscheiden, ist deutlich angegeben in Fr. 3 § 2. 3 si quid in fraudem und in dem Schol. Basil. 42, 1, 16, 6. Cfr. C. 2 si in fraudem patroni. Beide Klagen werden neben einander genannt: Fr. 1 § 11 Fr. 2 Fr. 13 si quid in fraudem. Fr. 16 p. de iure patronatus.

7) Fr. 1 p. si quid in fraudem patroni.

8) Fr. 3 § 3 eod. tit. (Ulpianus): Si intestatus libertus decesserit, patronus adeundo hereditatem eius revocat per Calvisianam actionem ea, quae alienata sunt dolo malo, quominus

Mit dieſen beiden Klagen ſind ein paar andere innerlich verwandt: die actio Pauliana und die querela inofficiosae donationis. Die letztere freilich iſt für das Verſtändnis unſerer Klagen von geringerem Werth, weil einer anderen Rechtsquelle entſtammend und erſt entſtanden, nachdem das Recht des Patrons vollſtändig entwickelt war. Deſto wichtiger erſcheint dagegen die Vergleichung der derſelben Entwickelungsperiode angehörenden, ſchon in der Namenbildung und noch vielmehr in der Sache verwandten Pauliana actio.[9] Wie in dem einen Fall die Folgen der Veräußerung in fraudem patroni, ſo ſollen in dem anderen die der Veräußerung in fraudem creditorum beſeitiget werden und in beiden Fällen geſchieht das in Form einer personalis actio.[10] Dabei iſt die Behandlungs-

---

pars ex testamento debita bonorum liberti ad patronum liberosve eius perveniret. —

9) Auch die Römer bringen beide in nähere Beziehungen zu einander: *a*) Die Titelrubriken der Pandekten ſind bei beiden in ähnlicher Weiſe gebildet. *b*) Beide werden zuweilen gemeinſchaftlich beſprochen: Fr. 38 § 4 de usuris. *c*) Als die lex Aelia Sentia der durch Freilaſſungen ſich vollziehenden, böswilligen Verminderung des Vermögens entgegentrat, ſorgte ſie ſofort für beide, den Patron und die Gläubiger.

10) Die perſönliche Natur der Fabiana und der Calvisiana ſteht zweifellos feſt (davon nachher). Auch die Pauliana wird von der herrſchenden Meinung zu den perſönlichen Klagen gerechnet; dagegen wird ſie zu den in rem actiones gezählt, z. B. von Schrader (ad § 6 I. de actionibus) und ganz vorzüglich von Huſchke (in der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, neue Folge, Band 14 p. 1 ff.; eine Abhandlung, die mit dem ihren Verfaſſer charakteriſirenden Scharfſinn geſchrieben, aber in ihrer hiſtoriſchen Konſtruktion meinem Urtheil nach wenig glücklich iſt. Vergl. dagegen auch Windſcheid, Pandekten § 463). Da dieſer Punkt für das Folgende von Gewicht, ſo bedarf er der Erörterung. *a*) Der Stand der Quellen iſt folgender: *α*. In Fr. 38 § 4 de usuris rechnet Paulus die Pauliana zu den actiones in personam. *β*. Die Inſtitutionen in § 6 de actionibus ſprechen von einer

weiſe, ſo weit die Natur der Sache das geſtattete, in der Hauptſache die gleiche, wenn auch das Pflichttheilsrecht des

---

den Gläubigern rescissa traditione zu gewährenden in rem actio in dem Fall si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius sententia iudicis possessis. γ. Theophilus erklärt, die in der Inſtitutionenſtelle den Gläubigern gewährte Klage ſei die Pauliana. b) Demnach beſteht ein Widerſpruch, zwar nicht zwiſchen den Pandekten und den Inſtitutionen, wohl aber zwiſchen Paulus und Theophilus und es gehören gewiß ganz ſchlagende Gründe dazu, in einem Konflikt ſolcher Gegner, bei einer Frage, welche zur klaſſiſchen Zeit gar nicht kontrovers geweſen ſein kann, ſich für Theophilus und gegen Paulus zu erklären. An ſolchen aber fehlt es durchaus. [Freilich meint Huſchke p. 51, Paulus könne unmöglich dieſer Meinung geweſen ſein, weil er von derſelben Klage in Fr. 7 quae in fraudem creditorum bei Gelegenheit eines verkauften Grundſtücks den Ausdruck petere gebraucht. Aber abgeſehen von der geringen Stärke dieſes Arguments läßt ſich dieſes Fragment gerade auf die in § 6 I. erwähnte Klage beziehen.] c) Die Veranlaſſung des Irrthums lag für Theophilus nahe genug. Da nämlich die Inſtitutionen, wie angegeben, von einem Fall ſprechen, wo eine actio in rem gegeben wird, weil Jemand in fraudem creditorum ſeine Sache einem Dritten tradirte, ſo reichte die Gelehrſamkeit dieſes Byzantiners gerade aus, um ſich zu erinnern, daß bei Veräußerungen in fraudem creditorum eine Klage beſtehe, welche den Namen Pauliana führt. d) Die Sache liegt meines Erachtens folgendermaßen. Weil Paulus die Pauliana zu den in personam actiones zählt, die Inſtitutionen aber von einer in rem actio reden, ſo folgt, daß beide nicht von derſelben Klage handeln, ſondern von verſchiedenen. e) Die Inſtitutionen ſelber geben genügenden Aufſchluß. Nach römiſchem Rechte nämlich ſind Veräußerungen, vorgenommen vom Schuldner, nachdem die Gläubiger die missio in bona erhielten, keineswegs ipso iure ungültig (vergl. Francke im Archiv, Band 16 p. 129 gegen Schrader). Aber es iſt ganz natürlich, daß man ſchon damals das Bedürfnis empfand, die nach jenem Zeitpunkt durch den Schuldner vorgenommenen Veräußerungen materiell ſo zu behandeln, wie wären ſie nichtig: daher in dieſem Fall, nicht aber auch bei Veräußerungen vor erfolgter missio, die prätoriſche rei vindicatio rescissa traditione [Dieſe Auffaſſung zieht in den Inſtitutionen die Worte bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis in natürlicher Weiſe zu dem Vorderſatz; Huſchke und Schrader ſind genöthiget, ſie dem Nachſatz zuzuweiſen].

Patrons in einem wesentlichen Punkte günstiger behandelt wird, als das Recht der Gläubiger.

Die hauptsächlichsten Erfordernisse der Fabiana und Calvisiana faßt Ulpian, wahrscheinlich mit Anlehnung an die Ausdrucksweise des Edikts, in folgenden Worten zusammen (Fr. 1 p. si quid in fraudem patroni):

> Si quid dolo malo liberti factum esse dicetur, sive testamento facto sive intestato libertus decesserit, quo minus quam pars debita bonorum ad eorum quem perveniat, qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt, cognoscit praetor et operam dat, ne ea res ei fraudi sit.

I. Das Erste, was hiernach gefordert wird, ist ein factum liberti, wodurch der Pflichttheil des Patrons verkürzt wird. Ulpian braucht das Wort factum und so wahrscheinlich das Edikt selbst: aber er trägt kein Bedenken, dem sofort das Wort gestum zu substituiren;[11] offenbar weil er beide Worte insoweit als gleichbedeutende ansieht, wie das Edikt selber.[12]

---

11) Fr. 1 § 3 si quid in fraudem patroni: Omne autem, quodcunque in fraudem patroni gestum est, revocatur.

12) Das die Pauliana actio begründende Edikt sagt: quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoravit; das fraudatorium interdictum hat dagegen die Worte: quae Lucius Titius sciente te — fecit. Huschke, auf Goeddaeus ad Fr. 58 p. de verborum significatione sich berufend, behauptet, gestum gehe nur auf Rechtsgeschäfte, factum dagegen bedeute eine jede Willensäußerung der Person und selbst eine bloße Begebenheit (p. 17). Nun findet er zwar selbst, daß das fraudandi causa facere sciente altero mit dem fraudationis causa gestum cum eo, qui fraudem non ignoravit im Ganzen, wenn auch nicht in allen einzelnen Fällen, zusammenfalle (p. 81); aber trotzdem behauptet er, beide Rechtsmittel haben sich fast nur durch jene beiden Worte

Dazu iſt im Allgemeinen, gerade wie zu dem facere in fraudem creditorum, zweierlei erforderlich:

---

unterſchieden (p. 21) und baut vorzugsweiſe hierauf den Schluß, das fraudatorium interdictum müſſe jünger ſein, als die Pauliana actio, weil das umfaſſendere Rechtsmittel (p. 119); zugleich glaubt er dadurch den für die Geſchichte des römiſchen Prozeſſes wichtigen Beweis geliefert zu haben, daß auch eigentliche actiones praetoriae zuweilen in der Form von interdicta fortgebildet wurden (p. 122). Dieſe ganze Deduktion halte ich für nicht begründet. Was zunächſt Goeddäus betrifft, ſo erörtert er zwar zu Fr. 58 p. de verborum significatione [Gaius lib. 24 ad edictum provinciale: Licet inter gesta et facta videtur quaedam esse subtilis differentia, attamen καταχρηστικῶς nihil inter factum et gestum interest] den Unterſchied von facere und gerere in ähnlicher Weiſe, dem erſten Worte ſprachlich die umfaſſendere Bedeutung beimeſſend: aber er verſäumt es nicht, hier und zu Fr. 19 nach Anleitung von Gaius ſelbſt hinzuzufügen und durch klare Beiſpiele feſtzuſtellen, daß der Prätor im Edikt facere und gerere als gleichbedeutende Worte gebrauche und daß gerade deshalb Gaius den angeblichen ſprachlichen Unterſchied nur berühre, nicht ausführe. [Uebrigens deutet uns Fr. 19 an, welcher Art die von Gaius gemeinte subtilis differentia zwiſchen facere und gerere geweſen ſein mag; denn danach erklärte der in ſeinen Sprachforſchungen über den Standpunkt Varro's nicht hinausgehende Labeo (Gellius XIII, 10), im Gegenſatz zu actum, welches als generale verbum umfaſſe sive verbis sive re quid agatur, bedeute gestum rem sine verbis factam: und es begreift ſich, daß Gaius ſich nicht auf eine derartige Deutung, ſondern nur auf die κατάχρησις einläßt, d. i. auf den uneigentlichen Sprachgebrauch.] Wenn nun der Prätor zwiſchen factum und gestum keinen Unterſchied macht, ſo fällt damit überhaupt das auf dieſer Baſis ruhende Huſchke'ſche hiſtoriſche Gebäude. [Aehnlich verhält es ſich mit dem erſten Abſchnitt der angeführten Abhandlung Huſchke's. Aus Cicero de oratore II, 69 ergibt ſich, daß in einer wider Rutilius erhobenen Anklage die in den codices accepti et expensi deſſelben gebrauchten Siglen A. F. P. R. eine Rolle geſpielt und daß die Auslegung des Angeklagten ante factum postea relatum (gegenüber der des Anklägers actum fide Publii Rutilii) keineswegs als zweifellos behandelt wurde. Das erklärt nun Huſchke folgendermaßen: Die gewöhnliche Ausdrucksweiſe in den tabulae ſei ante gestum postea relatum geweſen; denn dieſe Form finde ſich in einem Brief von Fronto an Mark Aurel (I, 5). Nun habe Rutilius als feiner Juriſt in dieſer herrſchenden Formel factum an die Stelle von

a. Verminderung des Vermögens des Freigelaſſenen: deminuere de bonis, de patrimonio.[13] — Deshalb fällt nicht unter das Verbot: das Ausſchlagen einer Vermehrung des Vermögens,[14] das Verſäumen einer Klage, durch welche ein anderes als ein Vermögensrecht geltend gemacht wird,[15] der

---

gestum geſetzt, der weiteren Bedeutung des erſteren Wortes wegen: und gerade durch dieſe Neuerung ſeien ſeine notae zweifelhaft geworden. Aber — ganz abgeſehen davon, daß wir auch hier derſelben, nicht haltbaren Baſis begegnen — iſt es überhaupt zuläſſig, aus einer zu Fronto's Zeit üblichen Ausdrucksweiſe auf das zu ſchließen, was zu Rutilius Zeiten gebräuchlich war? Und wo ſteht denn geſchrieben, daß ſelbſt zu Fronto's Zeit nur die von Fronto erwähnte Form und nicht auch die andere in Uebung geweſen (denn es handelt ſich hier keineswegs um verba sollemnia)? Die Sache wird ſich viel einfacher verhalten haben. In die tabulae, welche ihre Glaubwürdigkeit durch getreue und vollſtändig klare Führung ſich erwerben ſollen, werden nach der Anſicht der damaligen Zeit überhaupt keine notae gehört haben, die allergewöhnlichſten, allgemein verſtändlichen etwa ausgenommen. Der Gebrauch nicht vollſtändig klarer notae war an und für ſich ſchon ein Verdachtsgrund; am wenigſten aber wird es zuläſſig erſchienen ſein, ſo wie hier geſchehen, ganze Sätze in der Art abzukürzen, daß jedes Wort nur durch einen Buchſtaben repräſentirt wird. Offenbar fiel es daher dem Ankläger nicht ſchwer, aus dieſem Umſtande eine Waffe gegen Rutilius zu ſchmieden und es würde die andere Abkürzung A. G. P. R. ſicherlich der gleichen Kritik unterlegen haben, wenn es auch vielleicht dem Ankläger größere Schwierigkeiten gemacht hätte, dieſen Siglen eine ebenſo gefährliche Deutung unterzulegen.]

13) Fr. 1 § 6. 7 si quid in fraudem patroni. Das Gleiche gilt für das facere in fraudem creditorum: Fr. 6 p. quae in fraudem creditorum.

14) So das Ausſchlagen einer donatio, einer hereditas, eines legatum: Fr. 1 § 6 si quid in fraudem patroni [Ebenſo bei alienatio in fraudem creditorum: Fr. 6 § 2. 4 quae in fraudem cred.; in beiden Fällen beruft ſich Ulpian auf die Auktorität Julian's]; die Nichterfüllung der conditio legati vel stipulationis: Fr. 1 § 6 si quid in fraudem patroni [Ebenſo in fraudem creditorum: Fr. 6 § 1].

15) Eine Klage verjähren laſſen iſt im Allgemeinen ein deminuere de bonis; es iſt es aber dann nicht, wenn die nächſte

Abſchluß eines Rechtsgeſchäfts, wodurch die Vermögenslage des Freigelaſſenen ſich nicht ändert.[16]

b. Vermehrung des Vermögens eines Anderen. Das wird überall als ſelbſtverſtändlich vorausgeſetzt,[17] weil ſchon folgend aus der Natur der hier fraglichen Klagen, welche ohne Deliktsklagen zu ſein, gegen den Erwerber gerichtet ſind (nicht gegen den Veräußerer): und gerade deshalb bedienen ſich die

---

Beſtimmung der Klage eine andere iſt als die Verfolgung eines Vermögensrechts; ſo verhält es ſich bei der actio iniuriarum und bei der querela inofficiosi testamenti: Fr. 1 § 8 si quid in fraudem. Derartige Klagen nämlich ſind nicht in unſerem Vermögen vor der litis contestatio: Fr. 28 de iniuriis; Cuiacius, observ. XVII, 17. — Für die alienatio in fraudem creditorum gilt offenbar daſſelbe.

16) *a*) Daher gehört weder die Aufnahme noch das Ausleihen eines Darlehns an ſich hierher: Fr. 1 § 17 Fr. 6 Fr. 7 si quid in fraudem patroni. *b*) Daher iſt, wenn der Freigelaſſene ex mandato debitoris ſich für denſelben verbürgte und zahlte, die Fabiana wider den Schuldner nicht begründet; denn für die gezahlte Summe hat der Freigelaſſene die actio mandati in ſeinem Vermögen: Fr. 1 § 19 si quid in fraudem [Es iſt deshalb irrig, wenn Manche aus dieſer Stelle folgern wollen, die Fabiana ſei eine ſubſidiäre Klage; etwa mit dem gleichen Rechte könnte man aus Fr. 16 § 6 de hereditatis petitione ſchließen, die hereditatis petitio ſei ſubſidiär gegenüber der Calvisiana]. *c*) Daher iſt die Zahlung einer klagbaren Schuld offenbar völlig unanfechtbar. [Dieſer Punkt wird für den Patron in den Quellen nicht beſprochen; die Zweifelsfrage der Pauliana, ob die Befriedigung eines Gläubigers zum Nachtheil eines andern (per gratificationem) anfechtbar ſei, konnte hier gar nicht entſtehen; denn alle Gläubiger im eigentlichen Sinne gehen dem Patron vor.] *d*) Wie ſteht es mit der freiwilligen Zahlung einer naturalis obligatio? Dem Patron den Pflichttheil hinterlaſſen iſt Zwangspflicht, dagegen die naturalis obligatio enthält keine ſolche; daher wird durch jene Zahlung die Fabiana begründet werden können.

17) Fr. 10 si quid in fraudem. Vergl. Fr. 5 quae in fraudem creditorum.

Quellen zur Bezeichnung des hier fraglichen Handelns mit einer beſtimmten Vorliebe des Ausdrucks alienare.[18]

Jede Handlung des Freigelaſſenen, in welcher dieſe beiden Momente zuſammentreffen, gehört hierher. Deshalb vor allen Dingen die eigentliche Schenkung,[19] und zwar nicht blos die inter vivos ſondern auch die mortis causa gemachte.[20] Ferner natürlich auch diejenige, welche ſich in der Form eines anderen Geſchäfts verbirgt z. B. in der Form der Zahlung einer

---

18) Fr. 1 § 1. 6 Fr. 3 p. Fr. 4 p. si quid in fraudem; Paulus III, 3. Derſelben Sache und derſelben Bezeichnung begegnen wir bei den Gläubigern: Fr. 1 § 1. 2 quae in fraudem creditorum, wo jedoch der fragliche Ausdruck als ein ſolcher behandelt wird, welcher nicht alle hierher gehörigen Fälle umfaßt. Das gilt natürlich auch für unſere Klagen. Wenn daher Huſchke p. 52 bei dem Verſuch einer Rekonſtruktion der Fabiana formula (wofür übrigens die Quellen keinen ſpeziellen Anhalt bieten) annimmt, das Wort alienare habe in dieſer Formel geſtanden, ſo iſt das jedenfalls unwahrſcheinlich, vielmehr wird facere in fraudem patroni der gebrauchte Ausdruck geweſen ſein (vergl. die Titelrubrik, Fr. 1 p. und die Formel des fraudatorium interdictum).

19) Fr. 1 § 5, 17 Fr. 5 p. Fr. 6 Fr. 12 si quid in fraudem.

20) Fr. § 1. 11 Fr. 3 p. cod. tit. Die Klage war hier Bedürfnis, weil die hereditatis petitio gegen den in dieſer Art Beſchenkten unzuläſſig war (Fr. 16 § 6 de hereditatis petitione). Cujaz (ad Africanum tract. I ad Fr. 10 h. tit.) nimmt an, daß dieſe Klagen auch gegen den Legatar erhoben werden können. Aus Fr. 1 § 1 h. tit. folgt das allerdings nicht mit Nothwendigkeit; denn die gewählten Worte laſſen auch eine andere Deutung zu. Allein ein facere, quo minus quam pars debita ad patronum veniat kann in der Gewährung eines Legats ohne Zweifel liegen und es dient hier die Fabiana unter Umſtänden allerdings einem praktiſchen Bedürfnis. Wenn nämlich der eingeſetzte Erbe das Legat auszahlte, ſo hat der die contra tabulas bonorum possessio annehmende Patron weder die hereditatis petitio noch das interdictum Quorum bonorum noch endlich das Quod legatorum wider den Legatar: die geeignete Hülfe wird gerade in dieſer Klage zu ſuchen ſein. Endlich bietet auch die Pauliana eine paſſende

nicht existirenden Schuld[21] oder eines Gelddarlehns an einen filiusfamilias dem Senatuskonsult zuwider.[22] Ebenso verhält es sich, wenn der Freigelassene durch stipulatio die Rückzahlung eines Darlehns versprach, ohne das Geld erhalten zu haben, und überhaupt, wo er sich durch bindenden Vertrag

---

Analogie; denn auch diese wird unter geeigneten Umständen gegen den Legatar gegeben. (Fr. 6 § 13 quae in fraudem. Huschke p. 37).

21) Fr. 53 de regulis iuris. Die Inskription dieser Stelle (Paulus lib. 42 ad edictum) zeigt, daß hier ursprünglich von der alienatio in fraudem creditorum die Rede war (vergl. Fr. 5 quae in fraudem creditorum); aber die Sache ist dieselbe.

22) Davon handeln Fr. 6 Fr. 7 Fr. 8 si quid in fraudem patroni; die erste und die letzte Stelle, beide dem 26. Buch von Julian's Digesten entnommen, gehören nach allgemeiner Annahme zusammen, während die mittelste, aus den Quästionen des Skävola, als Parenthese zu fassen ist. Im Uebrigen gehen die Meinungen auseinander. *a*) Klar ist Fr. 6: wer einem filiusfamilias dem Senatuskonsult zuwider Geld leiht, in der Absicht den Patron zu betrügen, der hat in Wahrheit geschenkt und es hat daher der Patron die Fabiana wider den Beschenkten. *b*) Klar ist ferner Fr. 7: Bei einem Darlehn an den Hausſohn, gegeben in einem Fall, wo das Senatuskonsult unanwendbar, fällt die Fabiana weg [cessat Fabiana; ganz falsch die Vulg. non cessat], weil die gewöhnliche Darlehnsklage begründet (quum exigi possit), also das Vermögen nicht verringert ist (vergl. Anm. 16). *c*) Nicht ebenso klar ist der Sinn von Fr. 8: Sed si minori quam viginti quinque annis natu filiofamilias crediderit, causa cognita ei succurri debet. Wer ist der, cui succurri debet? Manche, z. B. Pothier ad. h. tit. No. 11, verstehen darunter den minor, mit dem Sinn, derselbe werde der Fabiana gegenüber restituirt, wenn er das Geld nicht mehr hat. Andere z. B. Gothofred und Schulting, erklären ei durch patrono; dann wird man auslegen müssen: wenn der minor filiusfamilias gegen die Fabiana um Schutz bittet seines Alters wegen, so erhält der Patron die Klage nur, sofern sich bei der durch jene Bitte hervorgerufenen causae cognitio ergibt, daß der Hausſohn noch gegenwärtig reicher ist. Endlich Cujaz, observ. XXV, 8, will statt Sed si minori lesen Sed si minor; danach würde hier berichtet (wie in Fr. 11 § 7 de minoribus), daß wenn ein minor dem filiusfamilias Geld leiht, das privilegium aetatis den Vorzug habe vor der

verpflichtet ohne entsprechende Gegenleistung.[23] Desgleichen, wenn er Rechtsgeschäfte, bei denen ihrer Natur nach jeder Theil seinen Vortheil sucht, dazu benutzt, um den Andern zu bereichern.[24] Weiter gehört hierher die Bestellung einer dos (unter bestimmten Umständen),[25] einer Bürgschaft oder eines Pfandes für eine fremde Schuld.[26] Ferner: die zu frühe Bezahlung einer

---

Begünstigung des Senatuskonsults. Diese letzte Meinung bringt eine Aenderung ohne alle Noth und überdies einen hierher gar nicht gehörigen Gedanken. Von den beiden anderen Auffassungen verdient die zweite unbedingt den Vorzug.

23) Bei dem Patron wird nur des ersten Falles gedacht (Fr. 1 § 18 si quid in fraudem patroni), dagegen bei den Gläubigern der Verpflichtung durch Vertrag überhaupt (Fr. 1 § 2 Fr. 3 p. § 1 Fr. 6 § 9 Fr. 10 § 15 quae in fraudem creditorum): nun aber ist das facere in fraudem in beiden Fällen dasselbe. Huschke p. 27 glaubt freilich, weil eine eigene Stelle des Edikts (Fr. 25 de rebus auctoritate iudicis) sagt, Demjenigen, der in fraudem creditorum Gläubiger des Schuldners geworden, sei die actio zu verweigern, so falle die Pauliana hier weg und es seien die obigen Stellen insgesammt restriktiv dahin zu interpretiren, daß dem verpflichtenden Vertrag die Zahlung nachgefolgt sei. Aber das verstößt einerseits wider den klaren Sinn der angeführten Stellen, sodann ist es ein einleuchtendes Interesse der Gläubiger (ähnlich wie bei der liberatio legata: Fr. 3 § 2 de liberatione legata), für die Entscheidung der Frage auch ihrerseits die Initiative ergreifen und die Liberation erreichen zu können. Vergl. auch Windscheid a. a. O. Anm. 5.

24) So emtio um einen zu hohen Preis (Fr. 1 § 13 si quid in fraudem patroni); venditio um zu geringen (Fr. 1 § 12 eod. tit.); locatio, permutatio, transactio unter denselben Verhältnissen (Fr. 1 § 9. 12 eod. tit.). Das gilt ebenso bei der Pauliana actio: Fr. 6 § 5 Fr. 7 quae in fraudem creditorum.

25) Ein ausdrückliches Zeugnis haben wir dafür allerdings nicht. Aber es liegt einmal in der Natur der Sache, sodann wird es den Gläubigern gegenüber ausdrücklich hervorgehoben (Fr. 10 § 14 Fr. 25 § 1. 2 quae in fraudem creditorum) und endlich deutet Fr. 1 § 10 si quid in fraudem patroni mittelbar an, daß es Fälle gebe, in welchen die Dotation die Fabiana begründe. Vergl. Anm. 35.

26) Fr. 1 § 19. 20 si quid in fraudem patroni. *a*) Wider

betagten Schuld, die Befreiung eines Schuldners durch Erlaß, durch Gewährung einer exceptio u. ſ. w.[27] Endlich die Benutzung des Prozeſſes zur Bereicherung des Andern, ſei es daß der Freigelaſſene als Beklagter ſich abſichtlich verurtheilen ließ oder daß er als Kläger die Sache ſo einrichtete, daß er abgewieſen werden mußte oder als Klagberechtigter die Klage abſichtlich verjähren ließ.[28]

II. Das zweite Erfordernis iſt: der Freigelaſſene muß eine derartige Handlung vorgenommen haben in der böſen Abſicht, das Recht des Patrons zu verkümmern.[29] Das heißt nach der herrſchenden Anſicht:[30] er muß die Abſicht haben,

---

den Gläubiger, bei welchem der Freigelaſſene ſich verbürgt oder ein Pfand beſtellt hat, kann die Fabiana nicht erhoben werden; denn derſelbe iſt nicht bereichert worden. Dagegen iſt ſie zuläſſig wider den auf dieſem Wege liberirten, alſo bereicherten Schuldner, vorausgeſetzt daß kein mandatum debitoris vorliegt. (Anm. 16.) *b*) Die Gläubiger können auch dadurch betrogen werden, daß der Schuldner für eine einzelne ältere eigene Schuld nachträglich ein Pfand beſtellt (Fr. 6 § 6 Fr. 10 § 13 Fr. 22 quae in fraudem creditorum). Dieſer Fall fällt nicht unter die Fabiana, weil die Gläubiger dem Patron überhaupt vorgehen.

27) Dieſe Dinge finden ſich allerdings nur bei der alienatio in fraudem creditorum erwähnt: *a*) Fr. 10 § 12 Fr. 17 § 2 quae in fraudem creditorum. *b*) Fr. 1 § 2 Fr. 2 Fr. 3 p. Fr. 17 p. Fr. 18 eod. tit.

28) Fr. 1 § 7 si quid in fraudem patroni. Cfr. Fr. 3 § 1 quae in fraudem creditorum.

29) Verlangt wird dolus, fraus des Freigelaſſenen: Fr. 1 p. § 1. 4 Fr. 4 p. si quid in fraudem patroni; ein Handeln in fraudem patroni: Fr. 1 § 3. 4. 12. 27 eod. tit.; in necem patroni: Fr. 1 § 6. 19 eod. tit. [ähnlich findet ſich in necem creditorum: Fr. 21 p. de peculio]. Uebrigens iſt dieſer Pflichttheil ein Vermögenstheil, bei dem das Affektionsintereſſe des Patrons natürlich nicht in Frage kommen kann: Fr. 1 § 3 eod. tit.

30) Vergl. z. B. Heimbach im Rechtslexikon I p. 57; Unterholzner, Schuldverhältniſſe II, 349.

ſo viel wegzugeben, daß der Patron dermaleinſt aus dem Nachlaß den Pflichttheil nicht erhalten kann. Dagegen vertritt Francke[31] die Anſicht, der Patron könne verletzt werden durch eine jede noch ſo geringfügige Verminderung des Vermögens, auch wenn im Augenblick der Veräußerung der Betrag des Pflichttheils bei dem Freigelaſſenen zurückblieb: und jener habe in dieſem Fall die Fabiana oder die Calvisiana, ſofern nur der Nachlaß des Freigelaſſenen den Pflichttheil nicht mehr enthalte, ſpäterer Verluſte wegen. Aber die herrſchende Auffaſſung iſt meines Erachtens die richtige; denn abgeſehen davon, daß die Francke'ſche auf einer hiſtoriſchen Entwickelung beruht, welcher oben entgegen getreten werden mußte,[32] definiren uns die Quellen den hier fraglichen dolus als darauf gerichtet, daß der Patron weniger erhalte als ſeinen Pflichttheil[33] und erklären weiter, wer ſo viel veräußere, daß der Pflichttheil übrig bleibt, der begehe überhaupt keine fraus.[34]

Eine ſolche Abſicht, den Patron im Pflichttheil böslich zu

---

31) Das Recht der Notherben, § 40.

32) Vergl. Abſchnitt I, Anm. 22.

33) Fr. 1 p. si quid in fraudem patroni (Ulpianus lib. 44 ad edictum): der Prätor verſpricht Hülfe si quid dolo malo factum est, quo minus quam pars debita ad eorum quem perveniat, qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt. Fr. 3 § 3 eod. tit. (Ulpianus eod. libro): — revocat per Calvisianam actionem ea, quae alienata sunt dolo malo, quominus pars ex testamento debita bonorum liberti ad patronum liberosve eius perveniret. [Man hat die Ungleichmäßigkeit der Ausdrucksweiſe quo minus quam pars und quominus pars dadurch beſeitigen wollen, daß man entweder an der einen oder an der anderen Stelle korrigirte, aber es iſt gar nicht nothwendig, daß beide in derſelben Sprachwendung ſich ausdrücken].

34) Fr. 3 § 5 si quid in fraudem patroni.

verkürzen, kann ferner — und das pflegt man gewöhnlich nicht zu berücksichtigen — nur vorhanden sein in dem Fall, daß jener zur Zeit der Veräußerung als ein künftiger Pflichttheilsberechtigter zu betrachten, folglich Berücksichtigung zu verlangen berechtigt ist. Demnach wird man sagen müssen, daß derjenige Freigelassene, welcher Kinder hat, eine Veräußerung in fraudem patroni vorzunehmen überhaupt außer Stande sei; denn das Dasein der Kinder schließt das Pflichttheilsrecht des Patrons aus.[35]

Desgleichen ergibt sich nach der Auffassung Julian's der Mangel einer solchen Absicht bei Schenkungen an bene merentes amici, selbst wenn sie in den Pflichttheil des Patrons eingreifen. Aber man darf dabei das bene merentes nicht

---

35) *a*) Welcher Kinder habende Freigelassene große Veräußerungen der Art vornimmt, von dem kann man nicht sagen dolo facit, quominus pars debita ad patronum perveniat; denn dem Patron wird gar nichts geschuldet. *b*) Das gilt im justinianischen Recht unbedingt. Da nach der lex Papia der Patron zuweilen auch neben eigenen Kindern des Freigelassenen pflichttheilsberechtiget war, so bestand auch in diesem Fall die Möglichkeit einer Veräußerung in fraudem patroni und die gewöhnlichste Art der Verletzung wird in Vergabungen an die Kinder bestanden haben. *c*) Die Pandektenjuristen schreiben zur Zeit dieser Möglichkeit. Daher sagt Ulpian in Fr. 1 § 10 si quid in fraudem patroni, in der Dotation der Tochter durch den Freigelassenen liege an sich selbst keine Verletzung des Patrons. [Dieses hoc ipso quod dotatur haben Manche streichen wollen z. B. Haloander, aber es hat seinen guten geschichtlichen Sinn: die Dotation ist erst Verletzung unter besonderen Umständen, nämlich wenn der Freigelassene, ein centenarius mit weniger als drei Kindern, der Tochter eine dos gibt, welche in das hier geltende Pflichttheilsrecht des Patrons verletzend eingreift.] *d*) Die Gläubiger stehen hier günstiger als der Patron: eine dos in fraudem creditorum ist schlechthin möglich und anfechtbar, also auch die dem eigenen Schwiegersohn gewährte kann diese Eigenschaft haben (vergl. die Stellen in Anm. 25): denn nur wer seine Gläubiger befriedigen kann, darf liberal sein gegen seine Kinder.

überſehen; es muß ſich alſo die Schenkung innerhalb einem Maße gehalten haben, wie das arbitrium boni viri in dem betreffenden Falle ſie gut heißt.[36]

Weiter iſt eine betrügeriſche Abſicht des Freigelaſſenen dann ausgeſchloſſen, wenn er zu der Veräußerung die Zuſtimmung des Patrons eingeholt hat;[37] vorausgeſetzt natürlich, daß dieſe Zuſtimmung nicht durch falſche Vorſpiegelungen erſchlichen wurde.

Endlich kommt zuweilen das Requiſit des in fraudem patroni facere geradezu in Wegfall. So iſt es nach klarem Quellenausſpruch bei den mortis causa donationes. Bei ihnen nämlich genügt nach Auffaſſung der Interpretation (und mit Recht) der Beweis, daß ſie keine gewöhnlichen, ſondern eben mortis causa donationes ſeien, aus dem Grunde, weil ſie auch in dieſem Punkt den Legaten gleich geſetzt werden.[38]

III. Ueberall, wo die beiden hervorgehobenen Momente vorliegen

a. Bereicherung des Andern durch Verminderung des eigenen Vermögens;

b. Verminderung des Vermögens in der Abſicht und mit

---

36) Fr. 9 si quid in fraudem patroni (Julianus lib. 64 Digestorum): Vivus libertus donare bene mereutibus amicis potest, legare vero nec bene merentibus amicis potest, quo patroni partem minuat. Der Grund der Unterſcheidung liegt darin, daß die Anfechtung der Schenkung nur bei dolus des Freigelaſſenen möglich, die Verletzung des Pflichttheils durch Legat dagegen auch ohne dolus hinfällig iſt.

37) Fr. 11 si quid in fraudem patroni.

38) Das ſetzt Ulpian ausführlich auseinander in Fr. 1 § 1 si quid in fraudem patroni. Darauf weiſt auch die Entgegenſetzung hin in Fr. 1 § 11 eod. tit.: si pluribus in fraudem libertus donaverit vel pluribus mortis causa.

dem Erfolg, daß der dem Patron gebührende Theil nicht übrig bleibt:

da iſt ein Akt vollzogen, der zu einer ſpäteren Begründung der Fabiana oder der Calvisiana ſich eignet. Von ganz beſonderer Bedeutung iſt es, daß es dazu eines dolus des Erwerbers nicht bedarf.[39] Gerade hier zeigt es ſich in bedeutſamer Weiſe, daß das Pflichttheilsrecht des Patrons einer günſtigeren Behandlung ſich erfreut, als das Recht der gewöhnlichen Gläubiger auf Befriedigung ihrer Forderungen. Denn die in fraudem creditorum vorgenommene Veräußerung kann in der Regel nur angefochten werden, wenn auch der Bereicherte in dolo ſich befand; daß derſelbe ohne einen ſolchen hafte, bildet hier lediglich die durch beſondere Umſtände zu rechtfertigende Ausnahme.[40] Dagegen folgt die querela in-

---

39) *a*) Das Prinzip wird klar ausgeſprochen in Fr. 1 § 4 si quid in fraudem patroni: Dolum accipere nos oportet eius, qui alienavit, non eius, cui alienatum est; et ita evenit, ut qui fraudis vel doli conscius non fuit, carere debeat re in fraudem patroni alienata, etsi putavit ingenuum nec credidit libertinum. *b*) Fr. 1 § 12 eod. tit. legt dar, daß bei dieſen Klagen die Frage, ob der Empfänger in dolo war, überhaupt nicht zur Sprache gebracht wird: maxime quum de dolo eius non disputetur, sed de dolo liberti. *c*) Dadurch entſcheidet ſich, daß die Klagen ſchlechthin keine Deliktsklagen ſind. *d*) Eine Konſequenz daraus zieht Fr. 1 § 24 eod. tit.

40) *a*) Die Pauliana actio hat ſtatt wegen deſſen, quod gestum est cum eo, qui fraudem non ignoravit (Fr. 1 p. quae in fraudem creditorum). *b*) Das fraudatorium interdictum hat die Worte: quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit (Fr. 10 p. eod. tit.). Das iſt entweder ein ſehr unvollkommener Ausdruck, den erſt die ſpätere Pauliana verbeſſerte, oder ein verderbter Text; vielleicht ſtand (wie gerade die erſte Stelle nahe legt) in dem zu kopirenden Text fraudandi c̄ c̄ d. h. fraudandi causa cum sciente te, die Schreiber der Kompilatoren konnten das eine c leicht überſehen. *c*) An die Worte des fraudatorium interdictum hatte das Edikt die Worte angereiht: inter-

officiosae donationis in dieſem Punkte dem Muſter des dem Patron zuſtehenden Pflichttheilsrechts.[41]

IV. Das Recht, derartige Veräußerungen anzufechten, kann der Natur der Sache nach nicht früher begründet ſein, als mit dem Tode des Freigelaſſenen;[42] denn das Pflichttheilsrecht iſt ein Recht auf einen Theil des Nachlaſſes. Die Anfechtung iſt ferner nur unter der weiteren Vorausſetzung zuläſſig, daß der Nachlaß weniger beträgt als der Pflichttheil; weil anderenfalls der Patron dieſen ſchon durch die bonorum possessio erhalten hat.[43] Wenn demnach zur Zeit der vorgenommenen Veräußerung eine Verletzung des Pflichttheils allerdings vorlag, dieſelbe aber im Zeitpunkte des Todes des Freigelaſſenen ausgeglichen erſcheint durch ſpätere Erwerbungen, ſo iſt von einer Anfechtung jener durch die Fabiana keine Rede und es ſteht mithin die Sache auch hier wie bei der Pauliana.

Das Anfechtungsrecht geht naturgemäß Hand in Hand mit dem Rechte auf den Pflichttheil.

---

dum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam. *d*) Alſo was bei dem Gläubiger nur günſtige Ausnahme iſt, das iſt bei dem Patron ausnahmsloſe Regel. *e*) Nun iſt es möglich, daß durch eine und dieſelbe Veräußerung beide betrogen werden, der Gläubiger und der Patron: hat hier der Erwerber von der fraus keine Kenntnis, ſo ſind zwar die Vorausſetzungen für die Klage des Patrons vorhanden, nicht aber die für die Klage der Gläubiger.

41) Wird doch nach der herrſchenden Lehre nicht einmal dolus des Schenkenden verlangt.

42) Vergl. z. B. Fr. 1 p. si quid in fraudem patroni.

43) *a*) Für den Fall der bonorum possessio contra tabulas iſt dieſer Punkt ſchon oben erörtert worden. *b*) Für den Fall der Inteſtaterbfolge iſt er ſelbſtverſtändlich.

1. Denjenigen ſteht es zu, welche nach dem Tode des Freigelaſſenen von Patronats wegen pflichttheilsberechtiget ſind: alſo unter dieſer Vorausſetzung nicht blos dem Patron ſelbſt, ſondern auch den Kindern deſſelben; mehreren Patronen nach Kopftheilen mit dem Rechte der Akkreſcenz[44] u. ſ. w.

2. Es ſteht ihnen zu, auch wenn der dolus des Freigelaſſenen deshalb nicht gegen ihre Perſon gerichtet ſein konnte, weil ſie damals nicht die Nächſten im Pflichttheilsrecht waren; genug, wenn nur überhaupt das Patronatsrecht beſchädiget werden ſollte.[45] Demnach beſteht hier unbedingte Succeſſion[46] und es liegt auch hierin eine bedeutend günſtigere Behandlung als ſie den Gläubigern zu Theil wird: denn die Pauliana

---

44) *a*) Patronus, liberi patroni: Fr. 1 § 27 Fr. 3 § 3 Fr. 4 § 1 si quid in fraudem patroni; Paulus III, 3. *b*) Mehrere Patrone: Fr. 3 § 4 eod. tit.: Si plures sunt patronae et patroni, singuli virilem tantum revocabunt vel Calvisiana. Fr. 4 § 1 eod. tit.: Et si plures patroni sint, omnes unam partem habebunt; sed si viriles non petent, portio ceteris accrescet. Quod in patronis dixi, et in liberis patroni est; sed non simul venient sed patronis deficientibus.

45) Das beruht auf einer Entwickelung der Interpretation: Fr. 1 § 27 si quid in fraudem patroni: Si libertus in fraudem patroni aliquid dederit, dein, defuncto patrono vivo liberto [i. e. postquam patronus vivo liberto defunctus est], filius patroni acceperit bonorum possessionem contra tabulas liberti, an Fabiana uti possit ad revocanda ea, quae sunt alienata? Et est verum, quod et Pomponius probat libro 83. item Papinianus libro 14. quaestionum, competere ei Fabianam; sufficere enim, quod in fraudem patronatus factum sit; magis enim fraudem rei, non personae accipimus. — Uebrigens entſprach dieſe Interpretation dem Sinne des Edikts, wie Fr. 1 p. daſſelbe andeutet.

46) Von dieſem Standpunkte aus läßt ſich fragen, ob, wenn der Freigelaſſene ſein Kind durch inofficiosa donatio verletzte, dieſes aber vor ihm ſtirbt und nun beim Tode des Freigelaſſenen der Patron als Pflichttheilsberechtigter erſcheint, eine Succeſſion des Patrons in der Art ſtatt habe, daß er nunmehr die Fabiana oder

kann im Allgemeinen nur angeſtellt werden si iidem sunt creditores.[47]

3. Aber es ſteht ihnen nur zu, wenn ſie ihr Pflichttheilsrecht zur Geltung gebracht haben; denn es handelt ſich um Ergänzung des Pflichttheils.

Starb der Freigelaſſene mit einem Teſtament, ſo hat demgemäß der Patron jenes Recht im Allgemeinen niemals, wenn er das Teſtament anerkannte durch Erbſchaftsantritt und dergleichen, ſondern nur wenn er ſein Recht geltend gemacht hat in der Form der contra tabulas bonorum possessio:[48] dieſe iſt alſo die Vorbedingung der Fabiana. Das geht ſo weit, daß der Patron, wenn ex debita parte eingeſetzt, dennoch die contra tabulas bonorum possessio nachſuchen muß, um zur Fabiana zu gelangen und daß er als von dieſer Vorbedingung befreit nur im Falle der Unmöglichkeit betrachtet wird, nämlich dann, wenn er, weil ex asse inſtituirt, die contra tabulas bonorum possessio nicht erbitten konnte und deshalb ex testamento die Erbſchaft antrat.[49] Daraus wird ſich ergeben,

---

die Calvisiana erheben könne. Ich habe kein Bedenken, dieſe Frage zu bejahen.

47) *a*) Die Regel iſt ausgeſprochen in Fr. 10 § 1. 6 quae in fraudem creditorum. Dieſelbe wird jedoch in einer den Gläubigern günſtigen Weiſe interpretirt. *b*) Es ſoll hinreichen, wenn auch nur gegen einen der mehreren Gläubiger die betrügeriſche Abſicht gerichtet war: Fr. 10 § 7 eod. tit. *c*) Desgleichen wenn von mehreren Betrogenen auch nur einer übrig iſt: Fr. 10 § 6 eod. tit. *d*) Diejenigen ſpäteren Gläubiger, mit deren Geld die betrogenen abgefunden worden ſind, ſollen jedenfalls an die Stelle der befriedigten nachrücken: Fr. 10 § 1 eod. tit.

48) Fr. 3 § 2 si quid in fraudem patroni.

49) *a*) Fr. 3 p. si quid in fraudem. *b*) Fr. 3 § 2 eod. tit. *c*) Daraus folgt, daß Ulpian in Fr. 3 § 10 de bonis

daß, welcher Patron zwar vom Erblaſſer bedacht iſt, aber mit weniger als dem Pflichttheil, auch im juſtinianiſchen Recht die contra tabulas bonorum possessio erbitten müſſe, um doloſe Veräußerungen anfechten zu können (nicht alſo mit der suppletoria actio ſich begnügen dürfe).

Starb der Freigelaſſene ohne Teſtament, ſo hat die Calvisiana den Erbſchaftsantritt von Seiten des Patrons zur Vorausſetzung, aber auch nur dieſen; daß die Annahme der bonorum possessio intestati nicht Vorbedingung ſei, wird ausdrücklich hervorgehoben.[50]

4. Unter dieſen Vorausſetzungen, alſo wenn der Patron entweder contra tabulas bonorum possessio nachſuchte oder ab intestato Erbe wurde, gehen die Anfechtungsklagen auch auf die heredes und die ceteri successores über.[51] Nur verſteht es ſich dabei, daß, wenn der Patron nach dem Tode des Freigelaſſenen eine beſtimmte, an ſich anfechtbare Veräußerung deſſelben anerkannt hat, auch ſeine Erben an dieſe Anerkennung gebunden ſind.[52]

---

libertorum zwar eine richtige Regel aufſtellt, aber das argumentum a contrario auf dieſelbe unanwendbar iſt.

50) Fr. 3 § 3 si quid in fraudem patroni (Ulpianus): Si intestatus libertus decesserit, patronus adeundo hereditatem eius revocat per Calvisianam actionem ea, quae alienata sunt dolo malo, quominus pars ex testamento debita bonorum liberti ad patronum liberosve eius perveniret; idque est [vielleicht idque ita est oder itaque est], sive petita sit a patrono ab intestato bonorum possessio sive non sit. Vielleicht iſt der letzte Punkt erſt die Folge einer ſpäteren, freieren Entwickelung, ähnlich wie bei der Kollation (Fr. 10 de collationibus; Becker und Muther, Jahrbuch IV, p. 118).

51) Fr. 1 § 26 si quid in fraudem patroni ſagt das zunächſt nur von der Fabiana, aber es gilt natürlich auch für die Calvisiana.

52) C. 2 si in fraudem patroni a libertis alienatio facta sit.

V. Die Klage des Patrons ist gerichtet

1. gegen Denjenigen und nur gegen Denjenigen, der durch das dolose Handeln des Freigelassenen[53] bereichert worden ist;[54]

2. sie ist das, auch wenn derselbe in gutem Glauben sich befand;[55]

3. aber sie ist es deshalb auch nur, wenn er in dem Zeitpunkte der erhobenen Klage noch bereichert ist.[56]

Aus dem Bisherigen ergibt sich für die Natur des Verhältnisses: der Empfänger ist nach prätorischer Auffassung

---

53) Weil dolose Handeln des Freigelassenen die Grundlage der Klage bildet, deshalb ist es Sache des Klägers, diesen dolus zu beweisen: Fr. 6 de probationibus.

54) *a*) Beklagter ist der Beschenkte, nicht der Mandatar, welcher für ihn die Sache empfing: Fr. 5 p. Fr. 12 si quid in fraudem patroni. *b*) Wenn der Freigelassene den Gläubiger eines Dritten befriediget hat, weil er sich bei jenem verbürgte oder dergleichen, so geht die Klage wider den befreiten Schuldner, nicht wider den Gläubiger: Fr. 1 § 19. 20 eod. tit. *c*) Wenn der Freigelassene eine Sache zu wohlfeil verkauft und überdies den Erlös einem Dritten geschenkt hat, so haften Käufer und Beschenkter, weil beide bereichert sind: Fr. 1 § 16 eod. tit.; cfr. Fr. 1 § 14. *d*) Bei Geschenken an einen Sklaven oder einen Hausſohn haftet der Gewalthaber, so weit er bereichert ist: Fr. 1 § 22. *e*) Auch der beschenkte Mitpatron haftet, so weit die Schenkung seinen Pflichttheil überschreitet: Fr. 1 § 5.

55) Vergl. Anmerkung 40.

56) *a*) Wenn Fr. 10 si quid in fraudem patroni (Africanus lib. 1 quaestionum) sagt: Si id, quod a liberto in fraudem alienatum est, non extat, actio patroni cessat, quemadmodum si pecuniam in fraudem abiecisset — —, so wird die Meinung sein, es sei einerlei, bei wem die Sache zu Grunde ging, ob bei dem Freigelassenen selbst oder bei Demjenigen, dem er sie zugewendet (vergl. auch Cuiacius ad Africanum tract. I). *b*) Wie ist es dann, wenn der Erwerber die Sache nicht mehr hat, aber durch das Nichtmehrhaben bereichert ist, z. B. weil er mit dem erhaltenen Gelde ein Grundstück kaufte? Diesen Fall besprechen die Quellen nicht, aber die Haftpflicht ist selbstverständlich und wird auch durch die Analogie der Pauliana ganz wesentlich unterstützt

Schuldner des Patrons[57] (nicht des Freigelaſſenen); er iſt das, weil bereichert ohne eigenes Unrecht durch das von dem veräußernden Freigelaſſenen wider den Patron verübte Unrecht. Daher gehören die beiden Klagen zu den personales actiones;[58]

(Fr. 6 § 11 Fr. 10 § 5 quae in fraudem creditorum, Windſcheid a. a. O. Anm. 24); denn jedenfalls wird der Patron nicht weniger günſtig behandelt als der Gläubiger.

57) *a*) Der Erwerber iſt nicht Schuldner des Freigelaſſenen, ſondern Schuldner des Patrons: Fr. 16 § 6 de hereditatis petitione. *b*) Weil demnach die Forderung nicht zu dem nachgelaſſenen Vermögen des Freigelaſſenen gehört, ſo kann ſie auch nicht durch die hereditatis petitio geltend gemacht werden: Fr. 1 § 26 si quid in fraudem patroni; Fr. 16 § 6 cit. *c*) Daher ſind die Fabiana und die Calvisiana keine actiones hereditariae (Fr. 1 § 26 cit.), ſondern novae actiones (Fr. 98 p. § 1 de solutionibus). *d*) Daraus zieht Paulus in der letzten Stelle folgende Konſequenz. Wenn der Schuldner ſeine Schuld mit einer Sache bezahlen wollte, die der Gläubiger aus einem vor der Zahlung herrührenden Rechtsgrunde nicht behält (res evicta, statuliber, res sub conditione legata), ſo iſt er gar nicht liberirt. Wenn dagegen ein libertus zahlte und nach dem Tode deſſelben der Patron dem Empfänger die Sache mit der Fabiana abnimmt, ſo ſteht es anders: die liberatio iſt mit der Zahlung eingetreten und bleibt beſtehen, weil dem Freigelaſſenen die Sache vollſtändig gehörte und weil die letztere aus einem, erſt nach dem Tode des Freigelaſſenen rechtsbeſtändig gewordenen Grunde dem Erwerber abgenommen wird. [Pothier ad h. tit. no. 78 nimmt eine in integrum restitutio des Empfängers wider den Schuldner an: ohne Grund; denn mit der Fabiana wird dem Empfänger lediglich abgenommen, um wie viel er bereichert iſt, die Reſtitution würde alſo ſtatt haben ohne Vermögensverluſt des Reſtituirten, ſie würde ſodann gerichtet ſein wider die Erben des Freigelaſſenen, alſo bewirken, daß dieſe zahlen müßten, was der Reſtituirte gewinnen will und würde endlich auch gegen den Patron ſelber gerichtet ſein, denn dieſer iſt ja ebenfalls Erbe.]

58) Das wird von der Fabiana geſagt in Fr. 1 § 26 si quid in fraudem patroni; es gilt natürlich auch für die Calvisiana und folgt für dieſe z. B. aus Fr. 16 § 6 de hereditatis petitione. — Daß beide Klagen als actiones in factum konzipirt wurden, bezeugt ausdrücklich ein Schol. Basil. zu der letzten Stelle (42, 1, 16 § 6).

daher ſind ſie reiperſekutoriſcher Natur;[59] geeignet nicht blos zum aktiven ſondern auch zum paſſiven Uebergang auf die Erben[60] und als perpetuae actiones zuläſſig.[61]

VI. Der angegebenen allgemeinen Natur dieſer Klagen entſpricht ihre Behandelung und ihr Endziel. Das letztere wird im Allgemeinen durch die Worte bezeichnet: Omne autem, quodcunque in fraudem patroni gestum est, revocatur,[62] alſo Rückgängigmachung[63] alles Deſſen, wodurch der Pflichttheil des Patrons beeinträchtigt wurde. Darin liegt zugleich die Angabe des Maßes: lediglich theilweiſe Anfechtung iſt zuläſſig, wo ſie zur Erfüllung des Pflichttheils hinreicht.[64]

---

59) Fr. 3 § 1 si quid in fraudem patroni.

60) Fr. 1 § 26 eod. tit.

61) Fr. 1 § 26 cit. Vergl. für die Pauliana: Fr. 10 § 24 quae in fraudem creditorum.

62) Fr. 1 § 3 si quid in fraudem patroni. Ueberhaupt iſt hier revocare das übliche Wort: revocatur alienatio, revocantur quae de bonis deminuit etc. (Fr. 1 § 1. 2. 6 Fr. 3 § 3. 4. 5 Fr. 11 si quid in fraudem patroni; C. 2 si in fraudem patroni); auch avocare findet ſich (Fr. 6 de probationibus). Die erſte Ausdrucksweiſe iſt bei der Pauliana ebenfalls in Gebrauch (Fr. 7 Fr. 10 § 22 Fr. 14 Fr. 17 p. quae in fraudem creditorum; Fr. 38 § 4 de usuris).

63) Es verſteht ſich, daß die in fraudem patroni vorgenommene Veräußerung niemals ipso iure nichtig ſei. Sie iſt nach civile ius vollkommen gültig, der Prätor aber gibt eine personalis actio zu ihrer Revokation. Fr. 16 p. de iure patronatus (Ulpianus): — — Plane si qua alienaverit in fraudem patroni — — alienatio quidem vires habebit, veruntamen per Fabianam et Calvisianam actionem revocabuntur ea, quae per fraudem sunt alienata; et ita Julianus saepissime scribit eoque iure utimur.

64) Fr. 1 § 4. 11 si quid in fraudem; Fr. 6 de probationibus; C. 1 si in fraudem patroni. In der letzten Stelle ſagen Diokletian und Maximinian: Si in fraudem patroni libertus aliquid alienaverit, quatenus legitima pars deminuta

Von mehreren Patronen fordert ein jeder die Rückgabe seiner virilis pars, nach Maßgabe seines Erbtheils.[65] Mehrere gleichzeitig bereicherte sind verpflichtet, ein jeder einen Verhältnistheil herauszugeben; wurden dagegen mehrere Personen nacheinander in fraudem patroni beschenkt, so ist es möglich, daß die erste Veräußerung eine Verletzung des Patrons lediglich zu einem Bruchtheil enthalte, dagegen sind die folgenden — dafern unterdessen die Vermögenslage des Freigelassenen sich nicht verbessert hat — jedenfalls ganz anfechtbar.[66]

Sachgemäß werden die Klagen, gleich der Pauliana, als actiones arbitrariae konstruirt: erst wenn dem arbitrium iudicis de restituendo nicht genügt wurde, erfolgt die pecuniaria condemnatio mit Zulassung des iusiurandum in litem nach seinen gewöhnlichen Grundsätzen.[67] Auch die Art des restituere ist natürlich im Allgemeinen dieselbe, wie bei der Pauliana.[68] Insbesondere wenn Haussohn oder Sklav den

---

est, revocandi tributam convenit esse potestatem. Es ist möglich, daß die Vermehrung des fremden Vermögens von Anfang an nur theilweise in fraudem patroni erfolgte. Es ist ferner denkbar, daß zwar im Augenblick der Hingabe die ganze Veräußerung eine Verletzung des Patrons enthielt, daß sie aber später zu einer theilweisen herabsank durch spätere Vermehrung des Vermögens des Freigelassenen.

65) Fr. 3 § 1 Fr. 4 § 1 si quid in fraudem.

66) Fr. 1 § 11 eod. tit.: Si pluribus in fraudem libertus donaverit vel pluribus mortis causa, aequaliter patronus adversus omnes in partem sibi debitam sive Fabiana sive Calvisiana experietur. Diese Stelle redet lediglich von dem Fall, wo Mehreren gleichzeitig geschenkt wurde; bei successiver Veräußerung wäre die Entscheidung unrichtig.

67) Fr. 5 § 1 si quid in fraudem patroni (Paulus): In actione Fabiana si res non restituatur, tanti damnabitur reus, quanti actor in litem iuraverit.

68) Fr. 14 Fr. 17 p. Fr. 10 § 22 quae in fraudem creditorum.

Erwerb gemacht haben, ſo werden Vater oder Herr in ſo weit belangt, als ſie bereichert erſcheinen; und es iſt in Folge des arbitrium Sache des Richters, die bei den actiones de peculio, de in rem verso, quod iussu ausgebildeten Grundſätze dabei in Anwendung zu bringen.[69] Dagegen iſt für die Behandlung des Beklagten der Umſtand von unterſcheidendem Gewicht, daß, während die Pauliana in der Regel nur gegeben wird wider den am Betrug Betheiligten, unſere Klagen, die Frage ob der Empfänger am Betrug Theil genommen ſchlechthin unberückſichtiget laſſend, den Beklagten aus dem Geſichtspunkt eines Empfängers in gutem Glauben behandeln.[70]

---

69) *a*) Daß es ſich lediglich um gehörige Auslegung des arbitrium iudicis handele, nicht etwa um eine actio de peculio u. ſ. w. (wie z. B. noch Unterholzner, Schuldverhältniſſe § 351 anzunehmen ſcheint), iſt hier ganz klar geſagt: Fr. 1 § 22—25 si quid in fraudem patroni. *b*) Bei der Pauliana iſt das Verhältnis daſſelbe, wenn auch die Quellen ſich nicht ganz ſo deutlich ausſprechen: Fr. 6 § 12 Fr. 12 quae in fraudem creditorum. Huſchke p. 73 hat das für die Pauliana richtig erkannt, nur zieht er, ſeiner Anſicht von der Pauliana als einer in rem actio entſprechend, die hereditatis petitio in Vergleich, nicht die ſo nahe liegende Fabiana.

70) Das ſagt Ulpian ganz klar in Fr. 1 § 12 si quid in fraudem patroni: — neque omnino rescindere debemus venditionem, quasi libertus ius vendendi non habuerit, ne fraudemus pretio emtorem, maxime quum de dolo eius non disputetur, sed de dolo liberti; desgleichen in Fr. 1 § 24 eod. tit.: Si cum servo in fraudem patroni libertus contraxerit isque fuerit manumissus, an Fabiana teneatur, quaeritur. Et quum dixerimus, dolum tantum liberti spectandum, non etiam eius, cum quo contraxit, potest manumissus iste Fabiana non teneri. Es iſt daher nicht zu billigen, wenn Unterholzner a. a. O. § 351 Anm. h den um den Betrug wiſſenden Erwerber aus dem Geſichtspunkt eines wegen ſeines dolus Verhafteten behandeln will. — Für diejenigen Fälle, wo wegen Veräußerung in fraudem creditorum die in factum actio gegeben wird gegen den am Betrug nicht betheiligten Erwerber (etsi scientia non sit) iſt die Behandelungsweiſe der Fabiana belehrend.

Demgemäß ſoll der Beklagte nicht mehr herausgeben, als um wie viel er bereichert erſcheint, und das arbitrium überhaupt in der für ihn möglichſt ſchonenden Weiſe erlaſſen werden. Insbeſondere iſt ihm die Wahl zu überlaſſen, ob das betreffende Geſchäft aufrecht erhalten oder gelöſt werden ſoll: und wie dieſelbe immer ausfallen möge, jedenfalls iſt dafür zu ſorgen, daß er keinen Schaden erleide.[71] Offenbar nach demſelben Prinzip iſt auch der Erſatz der Früchte zu reguliren; er ergreift nämlich nur die wirklich gezogenen.[72]

VII. Es iſt ein allgemein gültiger, dem favor libertatis entſprechender[73] Grundſatz, daß die dem Sklaven einmal ertheilte Freiheit aus einem vor der Freilaſſung liegenden Grunde[74] niemals revozirt werden kann.[75] Daraus folgt,

71) Wenn z. B. der Freigelaſſene zu wohlfeil verkaufte, ſo hat der arbiter dem Käufer die Wahl zu laſſen, ob er nachzahlen oder gegen Erſtattung des Kaufpreiſes zurückgeben will; hat der Freigelaſſene umgekehrt zu theuer gekauft, ſo iſt ebenſo dem belangten Verkäufer die Wahl einzuräumen (Fr. 1 § 12. 13. 16 si quid in fraudem patroni). Das iſt anders bei der auf dem dolus des Beklagten ruhenden Pauliana; da nämlich muß der beklagte Käufer jedenfalls reſtituiren und erhält den Kaufpreis nur zurück, wenn das ohne Benachtheiligung der Gläubiger des Veräußerers möglich: Fr. 7 Fr. 8 quae in fraudem creditorum.

72) Fr. 1 § 28 Fr. 2 si quid in fraudem patroni: dazu Basil. 49, 6, 2. Fr. 38 § 4 de usuris: dazu Schol. Basil. 23, 3, 38.

73) Fr. 122 de regulis iuris (Gaius): Libertas omnibus rebus favorabilior est.

74) Die Freigelaſſenen können natürlich servi poenae werden eines nach der Freilaſſung begangenen Delikts wegen. Insbeſondere kann die ſeit der lex Aelia Sentia beſtehende ingrati accusatio von Seiten des Patrons kraft der dem Richter zuſtehenden arbiträren Strafbefugnis zu dieſem Reſultat führen. Endlich kann der Freigelaſſene ſeit der mit Klaudius beginnenden revocatio in servitutem aus einem nach der Freilaſſung eingetretenen Grunde dem Patron als Sklav zugeſprochen werden.

daß die in fraudem patroni vorgenommenen Freilaſſungen der Fabiana und der Calvisiana ebenſo wenig unterlagen, als die in fraudem creditorum erfolgten der Pauliana.[76] Da jedoch Gläubiger wie Patron auch nicht durch Freilaſſungen beſchädiget werden ſollen, ſo griff die lex Aelia Sentia hülfreich ein, indem ſie die manumissiones in fraudem creditorum, desgleichen die in fraudem patroni geradezu für nichtig von Anfang an erklärte.[77] Dieſe Nichtigkeit bezog ſich auf alle

---

75) *a*) Das Prinzip iſt: die einmal ertheilte Freiheit kann niemals aus einem vor der Freilaſſung herrührenden Grunde revozirt werden: C. 4 de dolo malo; C. 1 si adversus libertatem; C. 20. 26 de liberali causa. *b*) Nicht aus einem, lediglich in der Perſon des Freilaſſers liegenden Grunde z. B. minor aetas oder irrige Meinung verpflichtet zu ſein: Fr. 7 p. § 10 Fr. 9 § 6 Fr. 10 de minoribus; Fr. 23 § 1 de iure patronatus; C. 1. 2. 4 si adversus libertatem. *c*) Nicht, wenn der Freilaſſer durch den dolus eines Dritten zur Freilaſſung induzirt worden war: C. 4 de dolo malo. *d*) Nicht, wenn durch den freizulaſſenden Sklaven ſelbſt getäuſcht: Fr. 7 p. de dolo. *e*) Die wider den Erbſchaftserwerb gewährte Reſtitution läßt die auf Grund deſſelben vorgenommenen Freilaſſungen unberührt: Fr. 31 de minoribus; Fr. 4 § 2 de fideicommissariis libertatibus. — Gewöhnlich beſpricht man dieſen Punkt bei Erörterung der Fälle, wo in integrum restitutio unzuläſſig iſt (Burchardi, die Lehre von der Wiedereinſetzung p. 140; Savigny, Syſtem VII, p. 140). Aber dieſe Unzuläſſigkeit der Reſtitution iſt lediglich ein Ausfluß des allgemeinen Grundſatzes.

76) Es iſt offenbar irrig, wenn Madai (die Statuliberi des römiſchen Rechts, p. 19) annimmt, die Gläubiger hätten derartige Freilaſſungen mit der Pauliana anfechten können; desgleichen, wenn Zimmern (Rechtsgeſchichte I, p. 769) vorausſetzt, der Patron habe im gleichen Fall die Fabiana oder die Calvisiana.

77) Gaius I, 36: Non tamen cuicunque volenti manumittere licet. 37. Nam is, qui in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem [Der reſtituirte Anfang der Stelle iſt den Inſtitutionen Juſtinian's entnommen: p. I. qui et quibus ex causis. Vergl. auch Gai. I, 47 und epit. Gaii I, 1 § 5. 6]. Ulpianus I, 15: Eadem lex in fraudem creditorum vel pa-

Formen der Freilaſſung ohne Unterſchied.[78] Offenbar war es aber erſt die Interpretation, welche im Sinne des Geſetzes ſelbſt den Satz aufſtellte, daß die Nullität nicht weiter gehen ſolle als ihr Zweck, daß ſie daher eine bedingte ſei und die unter ſolchen Verhältniſſen Freigelaſſenen zu den statuliberi gehören.[79] Sogar zwei Bedingungen ſind es, unter denen die Nullität der manumissio in fraudem creditorum allein zur Geltung kommt:

---

troni manumittere prohibet. — Beide Fälle ſtehen in der Hauptſache unter derſelben Regel und es iſt daher erlaubt von dem einen auf den andern zu ſchließen, ſofern kein beſonderer Grund der Abweichung nachweisbar.

78) Gaius I, 37. 47; Ulpianus I, 15; Fr. 16 § 2 qui et a quibus (Paulus lib. 3 ad legem Aeliam Sentiam): Ne quis creditorum fraudandorum causa servum manumittat, hac lege cavetur. — Madai (a. a. O. p. 17. 19) behauptet, es laſſe ſich auf das beſtimmteſte beweiſen, daß die lex Aelia Sentia ihre Ungültigkeitserklärung der manumissio in fraudem creditorum (der manumissio in fraudem patroni gedenkt er nicht beſonders, aber beide gehen denſelben Weg) nur für die teſtamentariſchen Freilaſſungen ausgeſprochen habe. Seine Beweisführung beſteht darin, daß er Ulpianus I, 15 willkürlich beſchränkt mittelſt der Herbeiziehung des vorhergehenden Paragraphen; daß er den in einem Reſkript (C. 5 de testamentaria manumissione) dem zu entſcheidenden Fall angepaßten Ausdruck testamento datae libertates per legem Aeliam Sentiam non valent als für ihn vollkommen beweiſend hinſtellt (offenbar vermöge eines unzuläſſigen argumentum a contrario) und daß er ferner die angeführten, einer jeden ſolchen Beſchränkung ſich entziehenden Stellen des Gaius, der Pandekten und der Inſtitutionen nicht berückſichtiget. Endlich mag auch noch auf die ganz entſcheidende C. 5 de servo pignori dato manumisso hingewieſen werden.

79) *a*) Zur Zeit der Zwölftafeln konnte man nur einer Form der Freilaſſung eine Bedingung hinzufügen, nämlich der manumissio testamento (die manumissio vindicta und die manumissio censu ertrugen keine Bedingung). Demnach beſchränkte ſich der Begriff der statuliberi urſprünglich auf die testamento manumissi und dem entſprechend pflegten die Römer auch noch in ſpäteren Zeiten zu definiren: Festus s. v. statuliberi; Gaius II, 200;

a. Zuerſt wird nicht blos consilium ſondern auch eventus verlangt und das letzte Moment geradeſo interpretirt wie bei der Pauliana, d. h. Nullität iſt nur vorhanden, wenn bei Ausbruch des Konkurſes dieſelben Gläubiger verletzt erſcheinen, wider welche die betrügeriſche Abſicht gerichtet war: iidem creditores in dem oben[80] erörterten Sinn.[81]

Ulpianus II, 1. *b*) Im ſpäteren Recht gibt es Fälle, in welchen Freilaſſungen, obgleich formell unbedingt vorgenommen, praktiſch als bedingte erſcheinen kraft einer Rechtsvorſchrift (vi ipsa): auch auf dieſe Fälle werden von der Jurisprudenz (Fr. 36 de statuliberis) die bei der statuta libertas entwickelten Grundſätze angewendet und die ſo Freigelaſſenen bald quasi statuliberi genannt (Fr. 21 de fideicommissariis libertatibus: quasi statuliber; cfr. Fr. 51 § 3 eod. tit.; Fr. 20 § 3 de manumissionibus) bald auch geradezu statuliberi (Fr. 1 § 1 Fr. 2 § 1 Fr. 36 de statuliberis; Fr. 13 qui et a quibus), gerade wie die durch Adoption in eine fremde Familie Eingetretenen im ſtrengeren Sprachgebrauch quasi agnati, gewöhnlich aber ſchlechthin agnati genannt werden. *c*) Weil nun dieſe neu hinzugekommenen Fälle ſich keineswegs auf die manumissio testamento beſchränken, vielmehr auf alle Formen der Freilaſſung anwendbar ſind, deshalb ließ Paulus das Moment der teſtamentariſchen Freilaſſung aus der Definition weg: und dieſe Definition haben die Kompilatoren (von praktiſchem Geſichtspunkt aus offenbar mit Recht) in Fr. 1 an die Spitze des Titels de statuliberis geſtellt. *d*) Madai verſucht es, den zuletzt hervorgehobenen Punkt negirend, zu beweiſen, daß auch die vi ipsa eintretende statuta libertas lediglich auf die teſtamentariſchen Freilaſſungen ſich beſchränke: da nun Paulus als einen der Fälle, wo die statuta libertas vi ipsa eintritt, die manumissio in fraudem creditorum hervorhebt, ſo entſteht für Madai daraus die in der vorigen Anmerkung bekämpfte Nöthigung, das Verbot der lex Aelia Sentia auf die teſtamentariſchen Freilaſſungen zu beſchränken.

80) Vergl. Anmerkung 47.

81) *a*) Das iſt klar ausgeſprochen in Fr. 15 Fr. 16 quae in fraudem creditorum. *b*) Davon weicht Papinian ab, wenn wir in unſeren Ausgaben leſen: Fr. 25 qui et a quibus (Papinianus lib. 5 responsorum): In fraudem creditorum testamento datae libertates, prioribus creditoribus dimissis, propter novos creditores irritae sunt; denn er ſagt danach, daß

b. Die zweite Bedingung lautet: die Nullität tritt nur ein, wenn die durch die Freilaſſung Verletzten von ihrem Rechte Gebrauch machen; der Freilaſſer ſelber hat dagegen keineswegs das Recht, die Ungültigkeit aus ſeiner eigenen Perſon in Anwendung zu bringen.[82]

Dieſer zweite Punkt iſt entſchieden als auch bei der manumissio in fraudem patroni gültig zu betrachten. Was dagegen den erſten anlangt, ſo wird zu ſagen ſein, daß, wie bei der manumissio in fraudem creditorum die Analogie der Pauliana galt, ſo bei der manumissio in fraudem patroni die Analogie der Fabiana als maßgebend betrachtet werden müſſe, alſo das facere in fraudem patronatus hinreiche.[83]

---

die Ungültigkeit der Freilaſſung auch Denjenigen ſchlechthin zu gute komme, die erſt nach der Freilaſſung Gläubiger geworden ſind. *c*) Iſt dem ſo, dann würde in Fr. 16 cit. (Paulus lib. 5 responsorum Papiniani: nisi priores pecunia posteriorum dimissi probentur) ein Tadel Papinian's geſehen werden müſſen. *d*) Nun iſt es aber wenig glaublich, daß Papinian eine derartige, der herrſchenden widerſprechende Anſicht ſo poſitiv, ohne alle nähere Begründung hingeſtellt haben ſollte. In der That ſtimmt er auch mit den andern Juriſten überein, ſobald man anders, nämlich ſo interpungirt: In fraudem creditorum testamento datae libertates, prioribus creditoribus dimissis propter novos creditores, irritae sunt (vergl. Anm. 47 sub d) und es bringt unter dieſer Vorausſetzung Paulus keinen Tadel, nur eine Erläuterung.

82) Fr. 1 § 1 de statuliberis: — nam dum incertum est, an creditor iure suo utatur, interim statuliberi sunt. C. 5 de servo pignori dato manumisso (Alexander): Si creditoribus satisfactum fuerit, ancillae, quae pignori obligatae a debitore manumissae erant, liberae fiunt. Nam ipse manumissor, si fraudem se fecisse creditoribus, ut revocet libertates, audeat dicere, audiri non debet nec heredes eius. Alſo eine bedingte Nullität, wobei der Wille Desjenigen in der Bedingung ſteht, zu deſſen Gunſten die Nullität vom Geſetz ausgeſprochen iſt. Man kann das immerhin relative Nullität nennen. Vergl. für dieſe Bezeichnung auch Windſcheid, Band I, p. 181.

83) Vergl. Anmerkung 45.

Was ſchließlich das juſtinianiſche Recht betrifft, ſo hat es zwar die von der lex Aelia Sentia ausgeſprochene Ungültigkeit der manumissio in fraudem creditorum entſchieden beſtehen laſſen. Dagegen ſpricht Alles dafür, daß es die Ungültigkeit der manumissio in fraudem patroni als beſeitiget betrachte; denn einmal wird dieſe in Juſtinian's Rechtsſammlung nirgends mit auch nur einiger Beſtimmtheit hervorgehoben, ſodann iſt ſie an einzelnen Stellen mit Bedacht von den Kompilatoren geſtrichen worden.[84]

---

84) *a*) Der Anfang des Inſtitutionentitels qui et quibus ex causis manumittere non possunt iſt gebildet nach Gaius I, 37; aber während der Ungültigkeit der Freilaſſung in fraudem creditorum gedacht wird, ſind die Worte des Gaius vel in fraudem patroni weggelaſſen. *b*) Die Rubrik des Codextitels lautet: Qui manumittere non possunt et ne in fraudem creditorum manumittatur: alſo abermals eine abſichtliche Nichterwähnung des Patrons. *c*) In keinem Theil des corpus iuris wird die Sache abgehandelt. Lediglich in den Pandekten findet ſich eine zufällige, für ſich allein nicht verſtändliche Notiz: Fr. 9 § 2 de liberali causa. [Zwar wird von Zimmern, Rechtsgeſchichte I, p. 769, auch noch Fr. 11 si quid in fraudem patroni als eine ſolche Spur enthaltend angeführt, aber dieſe Stelle ſpricht trotz ihrer Inſkription gar nicht von Freilaſſungen.] *d*) Der Grund der Beſeitigung wird darin liegen, daß, während bei der manumissio in fraudem creditorum der Schuldner zugleich ſein eigenes Intereſſe beförderte, der Freigelaſſene dagegen durch manumissio in fraudem patroni ſich niemals nützte, vielmehr zugleich ſich ſelber Schaden zufügte: weshalb dieſes Verbot nur geringe praktiſche Bedeutung gehabt haben wird. — Auch Zimmern a. a. O. und Schrader ad p. I. qui et quibus ex causis neigen zu der Anſicht des Textes; der erſte freilich aus einem unrichtigen Grunde.

IV.

Das Pflichttheilsrecht des parens manumissor.

I. Nach den Begriffen der alten Welt zerfällt die Gesammtheit der Menschen in zwei große Klassen: die Freien und die Sklaven.[1] Beide, die Freiheit wie die Sklaverei, sind Qualitäten der Menschen als solcher. Frei nämlich ist derjenige Mensch, welchem der Staat Rechtssubjektivität zuerkennt, der also nach römischem Ausdruck Person hat; Sklav der andere, welchem diese Persönlichkeit fehlt und der in Folge davon eintritt in die Kategorie der Sachen: sodaß von diesen zwei Arten zu unterscheiden sind, vernunftlose und vernünftige. Der Mensch nun, welcher Sache ist, hat im Ganzen dieselbe Stellung, wie die anderen Sachen auch. An ihm sind die gleichen Rechte möglich, wie an anderen Sachen, also nach civile ius dominium und servitus. Das Vorhandensein solcher Rechte aber ist auch hier begriffsmäßig keineswegs nothwendig: der Sklav ohne einen Herrn ist res nullius im gewöhnlichen Sinne[2] und

---

1) Gaius I, 9. — Vergl. zu dem Nächstfolgenden namentlich Böcking's treffliche, tief eingehende Untersuchungen in seinen Pandekten, I § 42 ff.

2) Der servus sine domino ist keineswegs frei, sondern Gegenstand für Eigenthumserwerb durch Okkupation: Ulpianus I, 19; Fr. 38 § 1 de noxalibus actionibus; Fr. 8 pro derelicto; Fr. 36 de stipulationibus servorum.

die Sklaverei ursprünglich dem Rechte nach ohne Ende, so gut wie die Sachenqualität.

Aber auch an dem freien Römer ist seit ältester Zeit eine Gewalt möglich, die patria potestas. So sehr nun diese auf privatrechtlichem Gebiet[3] dem Eigenthum am Sklaven ursprünglich verwandt gewesen sein mag, so bestand doch von Anfang an eine ganz wesentliche Verschiedenheit. Das Hauskind ist nicht Sache, wie der Sklav, sondern frei und civis Romanus, so gut wie der paterfamilias, in dessen Gewalt es sich befindet. Die Hauskindschaft ist nicht Qualität des Menschen als solchen, sie hat vielmehr lediglich und allein ihre Wurzel in der Persönlichkeit des Vaters, als dessen derzeitige Gewalt über das Kind: einfach erlöschend mit dem Wegfall der Person des Gewalthabers,[4] ist sie ihrem Wesen nach transitorischer Natur.

Neben der patria potestas weist das römische Recht noch zwei andere Formen der Unselbstständigkeit auf, in welche der Bürger gelangen kann: beide jedoch nicht eigenartiger Natur, sondern Nachbildungen der genannten zwei Grundverhältnisse, also der Sklaverei und der patria potestas.

Die erste ist die manus, in welcher die Frau stehen kann:

---

3) Sie tritt bekanntlich zurück auf dem Gebiete des publicum ius.

4) Ist der Vater selber filiusfamilias, so fällt, weil Hausunterthänige überhaupt nichts in eigener Gewalt haben können, die Ausübung dieser patria potestas dem Herrn der Familie (paterfamilias) ebenfalls zu. Aber die patria potestas des Erzeugers ist durch dieses Hindernis nur suspendirt; sie tritt sofort ungeschmälert hervor mit Beseitigung desselben.

ihrem inneren Weſen nach eine Nachbildung der patria potestas, denn die uxor in manu mariti iſt filiae loco.[5]

Die zweite, in mancipio esse genannt,[6] iſt ein Ausfluß des dem Vater an ſeinem Hauskinde und folgeweiſe Demjenigen, der eine Frau in manu hat, an dieſer zuſtehenden Mancipationsrechts.[7] Da dieſe Veräußerung in derſelben Form vorgenommen wird wie die des Sklaven, ſo betrachtet die Jurisprudenz — unbekümmert darum, daß auf dieſe Weiſe mehr Rechte gewährt werden als der Gewährende ſelbſt hat — die ſo Veräußerten als servorum loco geſtellt.[8] Damit

---

5) Daß eine Frau auch bei einem Anderen als ihrem Ehemann in manu ſich befinden kann, iſt eine künſtliche Erfindung der mittleren Jurisprudenz. Der Zweck dieſer Erfindung iſt die Schaffung eines Mittels zur Befreiung der Frau aus dem ſie drückenden Familienverband. Weil dieſe manus nichts ſein ſoll als ein Durchgangspunkt, deshalb iſt nach dem Ausſpruch derſelben Jurisprudenz die Frau hier nicht filiae loco (Gaius I, 118. 136). Das kann, da ſie natürlich auch nicht servae loco iſt, nur heißen, ſie ſtehe überhaupt nicht in der Gewalt; ſie iſt alſo ohne Pflicht und ohne Recht (ſie wird z. B. auch nicht als sua heres behandelt): und das entſpricht der Natur dieſes Verhältniſſes vollkommen. Es iſt alſo geradeſo eine manus dicis causa, wie wir bei der emancipatio einem mancipium dicis causa begegnen.

6) Der techniſche Ausdruck iſt esse in mancipio alicuius (Gaius I, 123. 135), desgleichen esse in mancipio ſchlechthin (Gaius I, 49. 116).

7) Gaius I, 117. 118.

8) *a*) Die rechtliche Lage dieſer Leute wird genauer bezeichnet durch den Ausdruck in causa mancipii esse (Gaius I, 132. 138; II, 160) d. h. in einer dem mancipium analogen Lage ſich befinden; gerade wie das in causa caduci dem proprie caducum zur Seite geſtellt wird: C. un. § 2. 4. 5 de caducis tollendis. *b*) Dieſe Auslegung wird dadurch beſtätigt, daß es von ihnen heißt, ſie ſeien servorum loco: Gaius I, 123. 138. *c*) Wer nur dicis causa ſich in mancipio befindet (Gaius I, 141), der iſt gewiß ebenſo wenig servi loco, als die Frau, welche dicis causa in manu, filiae loco iſt.

iſt geſagt, daß dieſes Verhältnis nach der Analogie der Sklaverei beurtheilt wird und es ergibt ſich insbeſondere, daß dieſer Zuſtand, gleich der Sklaverei, von dem Daſein des gegenwärtigen Herrn unabhängig, alſo an und für ſich für den darin Stehenden endlos iſt.[9]

Eine ſpätere Entwickelungsſtufe, aber immerhin eine ſehr frühe,[10] fühlte das Bedürfnis, die Sklaverei des Einzelnen bei ſeinen Lebzeiten rechtlich löſen zu können. So entſtand die manumissio d. h. die Umwandelung eines Menſchen aus einer Sache in eine Perſon, erfolgend durch einen Willensakt ſeines Eigenthümers.[11] Sie iſt eine Erfindung der Jurisprudenz; denn in ihrer erſten Geſtalt erſcheint ſie als die künſtliche Benutzung der vindicatio in libertatem zu einem anderen Zweck, als für welchen dieſelbe beſtimmt iſt.[12] Ihrer Wirkung

---

9) Vergl. Gaius I, 123. 132.

10) Die Erzählung, daß der erſte Sklav, welcher freigelaſſen wurde, den Namen Vindicius geführt und daher die Freilaſſungsform den Namen manumissio vindicta erhalten habe, gehört natürlich zu den, die Natur der Dinge verkehrenden Märchen. Auch die Verſetzung der erſten Freilaſſung unter das erſte Konſulat iſt eine problematiſche Sache. Dennoch geht zweierlei aus dieſer Erzählung hervor: einmal, daß die Römer ſelber die Freilaſſung nicht für ein von Anfang an vorhandenes Rechtsinſtitut hielten, zweitens, daß ſie demſelben dennoch einen frühen Urſprung beimaßen. Möglicherweiſe beſtand es ſchon vor der Gründung der Stadt. Mindeſtens beweiſt die Sage, wonach Servius Tullius urſprünglich Sklav war, daß man das Beſtehen der manumissio zur Königszeit als ſelbſtverſtändlich vorausſetzte und Dionys. IV, 1 beſtätiget das geradezu.

11) Es verdient hervorgehoben zu werden, daß es einfach ein Privatmann iſt, der die Civität willkürlich ertheilt.

12) *a*) Bei der fingirten vindicatio in libertatem räumt der Eigenthümer des Sklaven den Klaggrund abſichtlich ein; der Magiſtrat thut, was einem geſtändigen Beklagten gegenüber ſeines Amtes iſt: er erkennt das eingeklagte Recht als beſtehend an.

nach aber bringt ſie, der Natur der Sache entſprechend, nicht blos die Freiheit, ſondern zugleich auch den Patronat.[13]

Was ſo für die eigentliche Sklaverei begründet war, das galt natürlich ſofort auch für die Nachbildung derſelben, für die in causa mancipii Befindlichen; auch hier nämlich wird die manumissio in Anwendung gebracht[14] und auch hier hat dieſelbe die gleichen Folgen, alſo außer der Befreiung ein analoges Patronat.

Eine eigene Entlaſſungsform aus der patria potestas, obgleich kein ſo dringendes Bedürfnis wie bei der Sklaverei, muß dennoch ſchon früh als eine der Natur des Verhältniſſes entſprechende Inſtitution erſchienen ſein und es wird ſie daher die Jurisprudenz entwickelt haben in nicht allzu langer Zeit, nachdem dieſe Entwickelung möglich geworden war.[15] Die emancipatio gleicht in ihrer inneren Konſtruktion den bisher berührten Bildungsformen; nur geht ſie in der Künſtlichkeit nothwendigerweiſe noch einen Schritt weiter, indem der Vater durch ſie das Kind zuvörderſt in das mancipium hingibt, nicht zum Beſten des Erwerbers, ſondern (dicis causa) lediglich zu

---

b) Nach dem Satz res iudicata ius facit inter partes würde der Sklav, lediglich von dieſem Herrn befreit, Sklav bleiben, alſo von Dritten okkupirt werden können, als eine res nullius: allein das hier geſprochene Urtheil gehört zu den Fällen, wo das Judikat, über die in dem Prozeß befangenen Perſonen hinausgehend, ius facit inter omnes: vergl. Keller, der römiſche Civilprozeß § 73.

13) Daher der Verſuch der Römer, die Form der manumissio von der eigentlichen vindicatio in libertatem zu unterſcheiden durch nebenſächliche Handlungen.

14) Gaius I, 138.

15) Im Jahre 399 der Stadt erſcheint die emancipatio als ein bekanntes, eingebürgertes Rechtsinſtitut: Livius VII, 16.

dem Zweck der manumissio aus dem mancipium. Dabei war zweierlei zu berückſichtigen:

a. Die patria potestas iſt zu tilgen: das geſchieht nach dem Zwölftafelſatz zwar bei Tochter und Enkel durch die erſte, aber bei dem Sohn erſt durch die dritte, vom Vater vorgenommene mancipatio; daher hat in dieſem zweiten Fall der Erwerber nach den beiden erſten Mancipationen ſofort zu manumittiren.

b. Der Vater will das Recht des quasi patronus ſelber haben: daher hat nach der die patria potestas tilgenden mancipatio der Erwerber nicht frei zu laſſen, ſondern dem Vater das Kind zurück zu mancipiren.[16] Von jetzt an hat der Vater ſelbſt das eigene Kind nicht mehr in patria potestate, ſondern in mancipio, durch ſeine manumissio entläßt er es aus dieſem mancipium[17] und iſt deshalb quasi patronus ſeines Kindes.[18]

---

16) Die Pflichten des Erwerbers regelt das pactum fiduciae. Für die Emancipation des Sohns muß es bei den verſchiedenen Mancipationen einen verſchiedenen Inhalt gehabt haben; nämlich bei den beiden erſten das Verſprechen zu manumittiren, bei der letzten das Verſprechen zu remancipiren.

17) Gaius I, 132. Die Ausdrücke manumissio und emancipatio paſſen etymologiſch für die Freilaſſung des Sklaven und für die des Hausſohns gleichmäßig. Der Sprachgebrauch hat ſich aber in der Art fixirt, daß manumissio als generelle Bezeichnung gilt, emancipatio dagegen auf die Entlaſſung aus der patria potestas beſchränkt wird. Gerade dieſer letztere Ausdruck iſt formell charakteriſtiſch; denn er bezeichnet den Austritt aus dem mancipium.

18) Fr. 1 § 6 si a parente quis manumissus sit ſagt vom parens manumissor: nec ei nocere debet, quod iura patronatus habebat, quum sit et pater. Die C. 4 § 25 de bonis libertorum ſagt: *Σώζεσται γε μὴν καὶ τῷ τὸν ὑπεξούσιον ἢ τὴν ὑπεξουσίαν ἔχοντι καὶ τοῦτον ἢ ταύτην ἐλευθερώκοτι τὸ πατρωνικὸν δίκαιον, ὅπερ καὶ πρόσθεν εἶχεν θεσπιζόμενον.*

II. Eine beſonders wichtige Rolle ſpielt dieſes Quaſi-patronatsrecht auf dem Gebiete des Erbrechts.

Was zunächſt das auf Grund der Zwölftafeln entwickelte Inteſtaterbrecht anlangt, ſo behandelt dieſes, ſeiner primitiven Einfachheit gemäß, alle Patrone, die eigentlichen wie die uneigentlichen, vollkommen gleich. Den sui heredes nachſtehend iſt, gleich dem Patron des Freigelaſſenen, auch der quasi patronus in die zweite Klaſſe verwieſen, gleichgültig, ob der manumissor der naturalis pater oder ein extraneus war;[19] und es kann nicht füglich bezweifelt werden, daß auch die liberi deſſelben, ſo wie die des eigentlichen Patrons und in dem gleichen Sinne, hier gerufen ſind.[20]

Einen ganz weſentlichen Fortſchritt macht auf dieſem Gebiet das prätoriſche Edikt. Zunächſt behandelt es in einem Punkte alle patroni gleichmäßig; es ſtellt nämlich ihnen insgeſammt die Klaſſe unde liberi voran. Sodann aber beginnt es bedeutſame Unterſcheidungen zu machen unter den Patronen ſelber. Vor allen Dingen war in der Zeit des entwickel-

---

19) Den vollen Beweis dafür, daß auch der extraneus manumissor hier ſtand, liefert die bonorum possessio unde decem personae, quae extraneo manumissori praeferuntur.

20) Das iſt ſelbſtverſtändlich bis zu geführtem Gegenbeweis und es erſcheint überdies um ſo angemeſſener, als nur auf dieſem Wege die Geſchwiſter ihren emancipirten Bruder ab intestato beerben konnten; hatten ſie doch auch die fiduciaria tutela. Damit verträgt es ſich vollkommen, daß zu Diokletian's Zeiten für den Fall der Beerbung eines Emancipirten dem ebenfalls emancipirten Bruder die bonorum possessio verſprochen wird neben dem in der Familie des parens manumissor gebliebenen Bruder: C. 1 communia de successionibus [302]. Offenbar unzuläſſig iſt es, mit Mayer (p. 32 der in Anm. 25 anzuführenden Schrift) aus dieſem ſpäten Geſetze zu folgern, die liberi parentis manumissoris haben an dem Zwölftafelrecht niemals einen Antheil gehabt.

ten prätoriſchen Rechts die Erkenntnis herangereift, daß die Wohlthat, welche der Freilaſſer ſeinem Sklaven, von derjenigen, welche der Freilaſſer dem in causa mancipii Befindlichen erweiſt, dem Grade nach ganz weſentlich verſchieden ſei. Der erſte nämlich erhält dadurch zweierlei, einmal die Freiheit d. i. die Rechtsperſönlichkeit, zweitens die Selbſtſtändigkeit (insbeſondere die Fähigkeit zu eigenem Vermögen); der andere empfängt dagegen vom Freilaſſer nur die letztere Gunſt der Selbſtſtändigkeit, die Freiheit hat er ſchon vorher: demnach gebührt nach prätoriſcher Auffaſſung dem eigentlichen patronus ein größeres Maß von Rechten als dem quasi patronus. Weiter that das Edikt den gewichtigen Schritt, daß es auch unter den quasi patroni einen durchgreifenden Unterſchied anerkennt. Der Prätor legt nämlich darauf ein ganz entſcheidendes Gewicht, in welchem perſönlichen Verhältniſſe der Freilaſſer zum Freigelaſſenen ſtand. Auf der einen Seite ſteht als ein von dem Prätor für vollberechtiget anerkannter Mann der parens manumissor d. i. derjenige leibliche Verwandte, in deſſen Gewalt der Betreffende kraft der natürlichen Bande des Blutes ſich befindet und der mithin die unvertilgbare Qualität des parens behält auch nach Löſung des Gewaltverhältniſſes; auf der andern der extraneus manumissor d. i. jeder Andere, welcher lediglich durch civilen Rechtsakt mit dem Freigelaſſenen in perſönliche Verbindung kam und daher in jedem Fall einfach extraneus iſt nach deren Löſung. In dieſe zweite, weſentlich zurückſtehende Kategorie gehört neben Anderen[21] auch der adoptivus pater.[22]

21) Zu den extranei manumissores zählt namentlich, wer den Freigelaſſenen in mancipio hatte *a*) auf Grund eines Kauf-

Auf der Grundlage dieſer Scheidung von manumissor servi, parens manumissor und extraneus manumissor traf der Prätor für das Erbrecht der Patrone im Laufe der Zeit folgende hierher gehörige Veränderungen.

1. Urſprünglich nur dem manumissor servi gibt der Prätor

a. ab intestato die bonorum possessio contra suos non naturales;

b. die bonorum possessio contra tabulas liberti.

2. Das civile Inteſtaterbrecht des extraneus manumissor wird durch den Prätor weſentlich beſchränkt, indem er demſelben zehn nahe Blutsverwandte des Freigelaſſenen vorzieht durch die bonorum possessio unde decem personae, quae extraneo manumissori praeferuntur.[23]

---

geſchäfts; *b*) auf Grund einer noxae datio; *c*) zum Zweck der manumissio.

22) *a*) Der adoptivus pater verdankt ſeine quasi agnatio (Schmidt, das formelle Recht der Notherben p. 16) dem die patria potestas hervorrufenden civilen Rechtsakt; ſie löſt ſich mit der patria potestas, alſo mit der dritten, von dem pater adoptivus vorgenommenen mancipatio des Kindes. *b*) Daraus folgt: wenn zum Vollzug der emancipatio der Adoptivvater nach der dritten mancipatio auf Grund der erfolgten remancipatio die endliche manumissio des Kindes ex mancipio vornimmt, ſo thut er das, da er die patria potestas verloren und niemals naturalis pater war, in der Eigenſchaft eines extraneus manumissor. (Vergl. Löhr, Magazin IV, p. 116.) *c*) Dem entſprechend gehört nach der dritten mancipatio das Adoptivkind nicht mehr zu den liberi des Adoptivvaters (§ 4 I. de exheredatione liberorum; Fr. 6 p. de senatoribus; Fr. 1 § 6 Fr. 4 si tabulae testamenti; Fr. 1 § 6 Fr. 3 § 2 de bonorum possessione contra tabulas), der letztere iſt von dieſem Zeitpunkt an nicht mehr parens: Fr. 2 § 15 ad senatusconsultum Tertullianum. [Dagegen iſt Schirmer a. a. O. p. 195 wieder geneigt, ihm die Qualität des parens manumissor zuzuſprechen.]

23) Collatio XVI, 9 § 2; § 2 I. de bonorum possessio-

3. Offenbar in einer wesentlich späteren Periode sah sich der Prätor veranlaßt, die bonorum possessio contra tabulas liberti auf den parens manumissor (nicht auf den extraneus manumissor) durch eine eigene Ediktsstelle[24] zu übertragen.[25] Daß er demselben auch die bonorum possessio contra suos non naturales eingeräumt habe, wird nirgends berichtet;[26] es versteht sich aber, seit der Prätor auf diesem Gebiet zu unterscheiden begonnen, diese Ausdehnung weder von selbst noch fehlt es an inneren Gründen, welche den Prätor davon abhalten konnten.[27]

---

nibus. Zu diesen extranei manumissores, welchen die decem personae vorgehen, gehört, wie gesagt, auch der adoptivus pater. Dazu stimmt vollkommen der Grund, welchen Ulpian für die Einführung dieser bonorum possessio überhaupt angibt: ne quis occasione iuris sanguinis necessitatem vinceret. Vergl. auch Francke, specimen I (Anm. 25).

24) Das Genauere von derselben folgt sofort.

25) Das also ist der Gegenstand, welcher uns hier zu beschäftigen hat. Von der hierher gehörigen Litteratur sind hervorzuheben: Löhr in der Abschnitt I Anmerk. 26 citirten Abhandlung (er behandelt die Sache so, als ob sich vom parens manumissor von selbst verstanden hätte, was für den manumissor servi geordnet ist, ohne den Umstand, daß erst ein eigenes Edikt den ersteren einführte, überall gehörig zu würdigen); W. Francke, das Recht der Notherben (1831), § 31; M. S. Mayer, de hereditate parentis manumissoris (1832); W. Francke, de manumissorum successione, specimen I, II, III (1834. 1835).

26) Gaius III, 41 und Ulpianus XXIX, 1 sprechen lediglich von dem manumissor servi.

27) Löhr p. 265 nimmt, gemäß seiner eben berührten Auffassung, den Ausschluß der Adoptivkinder durch den parens manumissor als selbstverständlich an. Ebenso trägt Schirmer, a. a. O. p. 185, die Sache vor. (Dagegen: Mayer a. a. O. p. 33.) Aber so gut die bonorum possessio contra tabulas des Patrons nicht von selber für den parens manumissor galt, sondern zu ihrer Anwendung in diesem Fall eines eigenen Edikts bedurfte: ebenso hätte die Uebertragung der bonorum possessio intestati contra

Von dem eben ausgeſprochenen Satz, daß ſeit dem Edikt für den uneigentlichen Patron nicht mehr von ſelbſt gelte, was für den eigentlichen angeordnet wird, iſt offenbar auch der lex Papia gegenüber Gebrauch zu machen. Das Geſetz gab, wie oben darzuſtellen war, dem Patron namentlich zwei hier zu berückſichtigende Rechte:

a. die bonorum possessio virilis partis neben eigenen Kindern des libertus centenarius, und zwar ebenſowohl contra tabulas als ab intestato;

b. die contra tabulas bonorum possessio virilis partis gegenüber dem Teſtamente der kraft dem ius liberorum teſtirenden liberta.

Von einer Ausdehnung dieſer Beſtimmungen auf den parens manumissor ſagen die Quellen nichts und wir ſind nicht berechtiget, die Uebertragung als eine einfache Konſequenz aufzufaſſen; denn es iſt keineswegs ſelbſtverſtändlich, daß der Kaiſer die Abſicht gehabt, bei Beerbung der Eltern durch die Kinder dem Großvater ein Miterbrecht nicht etwa als dem

---

suos non naturales auf den parens manumissor ein eigenes Edikt erfordert, wovon keine Spur vorliegt. Auch läßt es ſich recht wohl erklären, weshalb dieſe Ausdehnung nicht beliebt wurde. Die Adoption nämlich erfolgt zur Erhaltung einer beſtimmten Familie. Nun erſcheint der Patron allerdings als bei Erhaltung der Familie des Freigelaſſenen nicht intereſſirt, er kann vielmehr eine derartige Adoption mit gutem Grunde als gegen ſeine berechtigten Anſprüche gerichtet betrachten. Dagegen hat der Vater des Adoptirenden bei dem Fortbeſtand ſeiner eigenen Familie ein ganz zweifelloſes Intereſſe. Damit allein ſtimmen endlich die Quellen; denn nach Fr. 1 § 6 si tabulae ſind in der Klaſſe unde liberi die adoptivi ebenſo gut gerufen wie die naturales, ohne daß zu Gunſten des parens manumissor eine Ausnahme angedeutet würde.

älteren Recht entſtammend lediglich anzuerkennen, ſondern für denſelben neu einzuführen.[28]

III. Der Grund, weshalb der Prätor nicht gleich Anfangs die dem Patron eingeräumte bonorum possessio contra tabulas auf den parens manumissor erſtreckte, lag offenbar darin, daß für denſelben deshalb kein dringendes Bedürfnis beſtand, weil er Antheil hatte an dem durch die querela inofficiosi testamenti begründeten, civilen Pflichttheilsrecht. Daß dieſer der Entwickelungsgang geweſen ſei, dafür bringt folgende viel beſprochene Stelle meines Erachtens auch ein äußeres Zeugnis.

> Fr. 1 § 6 si a parente quis manumissus sit (Ulpianus libro XLV ad edictum):
> Patrem autem accepta contra tabulas bonorum possessione et ius antiquum, quod et sine manumissione habebat, posse sibi defendere, Julianus scripsit; nec enim ei nocere debet, quod iura patronatus habebat [habeat?], quum sit et pater.

Von den verſchiedenen Interpretationen dieſer Stelle[29] verdienen die älteſte und die jüngſte beſondere Berückſichtigung.

---

28) Die Anſichten über dieſen Punkt ſind allerdings getheilt. Schirmer a. a. O. glaubt z. B., zwar die sub *a* angeführte Berechtigung des Patrons ſei auf den parens manumissor nicht ausgedehnt worden, wohl aber die sub *b* beſprochene. Eine ſolche Scheidung, vorgenommen ohne Quellenanhalt, hat an ſich ſchon ihr Bedenkliches; C. 3 Th. C. de legitimis heredibus, worauf ſich Schirmer beruft, iſt nicht beweiſend.

29) Davon handelt Francke im dritten Programm des Näheren.

Die erſte, ſchon den Baſiliken entſtammend[30] und ſeit das römiſche Recht in ſeinem hiſtoriſchen Zuſammenhang erfaßt wird herrſchend, verſteht unter dem hier erwähnten ius antiquum einfach die querela inofficiosi testamenti. Dieſe Auffaſſung erklärt jedoch Francke in dem dritten Programm deshalb für unzuläſſig, weil danach die querela demjenigen Vater würde gegeben werden, welcher ſchon die contra tabulas bonorum possessio vom Prätor erhalten, alſo einem, der bereits im Genuſſe ſeines Pflichttheils ſei. Er ſchlägt daher einen anderen, und zwar folgenden Weg ein. Ius antiquum, ſo behauptet Francke, bezeichne in einer engeren Bedeutung ſchlechthin das den Kindern und den Eltern von der lex Papia erhaltene Akkreſcenzrecht.[31] Dieſen Sinn habe der Ausdruck hier und es beſpreche daher die Stelle folgenden Fall. Im Teſtament eines filius emancipatus war neben mehreren extranei der Vater, aber auf weniger als ſeinen Pflichttheil zum Erben eingeſetzt; nachdem einer von jenen angetreten, nahm der Vater die contra tabulas bonorum possessio, erhielt alſo die Hälfte des Nachlaſſes. Als hierauf ein anderer der eingeſetzten extranei ſeinen Theil nicht erwarb, ſo ſei die Frage entſtanden, ob dieſer Theil als caducum an den Fiskus zu fallen habe oder dem das ius antiquum in caducis behaltenden Vater akkreſcire: die Stelle entſcheide ſich für das Letztere; denn trotz der angenommenen contra tabulas bonorum possessio behalte der Vater ſeine Inſtitutionsportion.[32] — Dieſer

30) Basil. 40, 6, 1 und Schol. 6.

31) Dafür wird ſich berufen auf Ulpianus XVII § 2; XVIII; Fr. 29 § 2 de legatis II; C. un. pr. de caducis tollendis.

32) Francke ſtützt ſich hierfür auf Fr. 20 § 2 und Fr. 43

ohne Frage ſcharfſinnigen Interpretation werden jedoch folgende Gründe entgegenzuſtellen ſein.

a. Ius antiquum bedeutet, ſo viel ich einſehe, nirgends das Akkreſcenzrecht an und für ſich, hat vielmehr überall die Bedeutung des alten Rechts; welches alte Recht im einzelnen Fall gemeint ſei, das ergibt ſich lediglich aus dem Zuſammenhang.[33]

b. Der von Francke als der Stelle zu Grunde liegend

---

de bonis libertorum; er ſchließt das angeführte Programm mit folgenden Worten: Sed ius accrescendi patri datum est, propterea qnod et pater et heres scriptus erat: patri enim per legem Papiam ins accrescendi servatum erat, et illam partem, ex qua scriptus erat cuique alia portio accrescere poterat, etiam accepta contra tabulas bonorum possessione habebat: nam pars ista in debitam portionem imputabatur.

33) *a*) Gegenüber der lex Papia bezeichnet ins antiquum allerdings häufig das Akkreſcenzrecht (ſo in den von Francke angeführten Stellen und Ulpianus I, 21), aber ſelbſt hier nicht immer: das beweiſt Gaius III, 43, 44, wo ius antiquum im Gegenſatz zum Recht aus der lex Papia die ehemalige rechtliche Stellung der liberta bezeichnet, zufolge welcher ſie ohne auctoritas patroni nicht teſtiren konnte; das Gleiche folgt aus Ulpianus XXIV, 31. *b*) Gegenüber einer Anzahl anderer Geſetze und in ſolchen findet ſich der Ausdruck antiquum ius ebenfalls, wo er gar nicht überall das Akkreſcenzrecht bedeuten kann. So bezeichnet bei Gaius III, 63 antiquum ius das Inteſtaterbrecht vor dem senatusconsultum Largianum. In dem senatusconsultum Orphitianum (Fr. 1 § 9. 10 ad Tertullianum et Orphitanum senatusconsultum) findet ſich der Ausdruck ius antiquum und bedeutet das Inteſtaterbrecht, wie es vor dem Senatuskonſult feſtgeſtellt iſt (vergl. Abſchnitt I Anm. 52). In derſelben Weiſe wird das Inteſtaterbrecht, wie es vor dem senatusconsultum Tertullianum beſchaffen war, als ius antiquum bezeichnet (Fr. 2 § 20. 22 eod. tit. C. 2 eod. tit.). In Fr. 29 § 7 de liberis et postumis iſt es die Jurisprudenz, welche das Recht vor der lex Velleia mit dem Namen ius antiquum belegt. Desgleichen in Fr. 42 § 1 de mortis causa donationibus iſt derſelben das Recht der lex Falcidia, in ſo weit es durch eine Konſtitution des Kaiſers Severus (cfr. C. 2 eod. tit.) geändert wurde, das antiqnum ius.

ſupponirte Fall findet in ihren Worten nicht die genügende Unterſtützung.

c. Der von Francke vorausgeſetzte Rechtsſatz, wonach dem parens manumissor in testamento heres institutus, welcher weil auf zu wenig eingeſetzt die contra tabulas bonorum possessio ſich erbat, noch aus dem Teſtament akkreſciren ſoll über die dimidia pars hinaus, iſt meinem Urtheil nach nicht begründet.[34]

Was nun die oben erwähnte ältere Auslegung betrifft, ſo wird Francke's Einwand, ſo ſchlagend er dem erſten Blick erſcheinen mag, dennoch in natürlicher Weiſe ſich beſeitigen laſſen. Die entſcheidenden Worte accepta contra tabulas bonorum possessione geſtatten nämlich auch die andere, hier vollkommen paſſende Auslegung: nachdem der parens manumissor die contra tabulas bonorum possessio vom Edikt erhalten,[35] und es hat hiernach die Stelle folgenden Sinn.

---

34) *a*) Welcher Patron die Erbſchaft antritt, der iſt nach Vorſchrift des Edikts von der contra tabulas bonorum possessio ausgeſchloſſen: Abſchnitt II. Anm. 61, 64. *b*) Wer die contra tabulas bonorum possessio annahm, dem wird zwar zunächſt zugewieſen, was ihm im Teſtament zugedacht war (Abſchnitt II. Anm. 153, 154): aber das geſchieht lediglich, um dem letzten Willen gegenüber ein möglichſt ſchonendes Verfahren einzuhalten; der Patron hat es dem Rechte nach nicht aus dem Teſtament, ſondern dem Teſtament zuwider, repellitur ab omni liberti iudicio (Abſchnitt II. Anm. 158). *c*) Nun aber kann aus dem Teſtament nur Demjenigen akkreſciren, der aus dem Teſtament Erbe geworden iſt.

35) Dieſe Auffaſſung findet ſich im Grund ſchon in der, die Stelle im Uebrigen nicht verſtehenden Gloſſe, wenn ſie dem Worte des Textes accepta hinzufügt in spe, d. h. nachdem er Ausſicht auf die bonorum possessio erhalten. Sie iſt deutlicher ausgeſprochen von Voorda, welcher in einer bei Schulting ad h. l. abgedruckten, handſchriftlichen Note ſich ſo ausdrückt: verba ac-

Nachdem das Edikt für den parens manumissor die bonorum possessio contra tabulas eingeführt, ſteht demſelben die früher ſchon für ihn begründete querela inofficiosi testamenti — welche ihrerſeits die manumissio durch den Kläger nicht zur Vorausſetzung hat[36] — nach wie vor zu; denn der Prätor hatte, als er dem parens in ſeiner Eigenſchaft als manumissor auf Grund des Patronats die bonorum possessio contra tabulas gab, keineswegs die Abſicht, das aus der Vaterſchaft als ſolcher hervorgehende Recht der Querel zu verkümmern.[37]

---

cepta contra tabulas bonorum possessione hic nihil amplius significare quam promissa concessaque ab edicto und den Sprachgebrauch begründet durch Berufung auf Fr. 1 § 1 si quis omissa causa; Fr. 15 de his, quae ut indignis; Fr. 42 § 1 de bonis libertorum.

36) Die querela inofficiosi testamenti beruht einfach auf dem natürlichen Elemente der Vaterſchaft; ſie kann dem Vater auch dann zuſtehen, wenn ſein Kind von dem Großvater oder von einem extraneus emancipirt worden iſt.

37) *a*) Die querela inofficiosi testamenti iſt unter Umſtänden für den parens manumissor (ganz abgeſehen von ihrer längeren Verjährungszeit) das günſtigere Rechtsmittel; denn durch bonorum possessio erhält der Vater nicht mehr als die Hälfte der Erbſchaft, die Querel dagegen bringt den ganzen Inteſtaterbtheil, alſo möglicherweiſe die ganze Erbſchaft. *b*) Das Gewicht der Stelle liegt darauf, daß durch Gewährung des neuen Rechts der bonorum possessio contra tabulas das Querelrecht des Vaters nicht beſchränkt worden iſt, alſo in dem Verwerfen der Subſidiarität der Querel für den vorliegenden Fall. Dieſen Sinn erkennt auch das angeführte Schol. Basil. an, welches ſich in paſſender Weiſe auf Fr. 91 de regulis iuris beruft (Quoties duplici iure defertur alicui successio, repudiato novo iure, quod ante defertur, supererit vetus). Es ſtimmt das ferner mit Fr. 14 Fr. 16 § 1 de inofficioso testamento, wo dem parens manumissor ganz ebenſo gut die Querel wie die bonorum possessio contra tabulas eingeräumt wird und zugleich mit dem weiteren Umſtande, daß wir

IV. Die Ediktsſtelle, durch welche dem parens manumissor die contra tabulas bonorum possessio gewährt wurde, iſt uns zu einem Theil erhalten; der Reſt läßt ſich ohne beſondere Schwierigkeit wiederherſtellen. Wahrſcheinlich an die von der contra tabulas bonorum possessio patroni handelnde Stelle ſich unmittelbar anſchließend,[38] wird ſie in der Hauptſache folgendermaßen gelautet haben:

> In eo, qui a patre avove paterno proavove paterni avi patre[39] manumissus est,[40] bonorum possessionem contra tabulas perinde dabo, atque si ex servitute manumissus esset.[41]

Die weſentliche Bedeutung dieſes Ausſpruches beſteht darin, daß von jetzt an in Bezug auf das Pflichttheilsrecht der Aſcendenten unterſchieden wird:

---

die Subſidiarität in den Quellen nur in Bezug auf die Kinder ausgeſprochen finden: § 2 I. de inofficioso testamento; Fr. 8 § 15 eod. tit.; C. 4 de liberis praeteritis. Daher iſt es auch ſeit Cuiacius, observ. VIII, 23 gemeine Meinung, daß die Subſidiarität der Querel hier keine Geltung habe. Freilich hat dem K. A. Schneider, die allgemein ſubſidiären Klagen des römiſchen Rechts, widerſprochen, es iſt jedoch das Mangelhafte ſeiner Darſtellung von Francke in dem angeführten dritten Programm überzeugend nachgewieſen worden.

38) Von beiden handelt Ulpian im 45. Buch zum Edikt.

39) Bis dahin ſind die Ediktsworte erhalten in Fr. 1 § 1 si a parente.

40) Dafür die Titelrubrik si a parente quis manumissus sit.

41) Fr. 1 § 2 eod. tit. ſagt quia perinde defert praetor bonorum possessionem atque si ex servitute manumissus esset; Worte, die offenbar dem Ausdruck des Edikts nachgebildet ſind. — Daß es nicht etwa hieß, ei qui manumisit — bonorum possessionem dabo, folgt aus derſelben Stelle, weil ſie dieſes Requiſit nicht unmittelbar aus den Worten, ſondern ex interpretatione edicti ableitet.

a. alle insgesammt haben Anspruch auf den Pflichttheil der Verwandten, also auf die durch die querela inofficiosi testamenti zu verfolgende Quart;

b. diejenigen Ascendenten, welche den Akt der manumissio vorgenommen haben, sind, so weit das Edikt sie aufzählt, dadurch ausgezeichnet, daß sie, gleich dem Freilasser eines Sklaven, befugt sind, die Hälfte der Erbschaft des aus der Gewalt Entlassenen — sei er Sohn oder Tochter[42] — als Pflichttheil zu beanspruchen.

Von den letzteren sagt das Edikt, daß sie die contra tabulas bonorum possessio haben sollen nach dem Muster des eigentlichen patronus; es ist jedoch dabei zu bemerken, daß dadurch nur das leitende Prinzip festgestellt wird, im Einzelnen dagegen, entsprechend der Stellung beider zu dem Freigelassenen, dem parens manumissor in manchen Beziehungen eine weniger günstige Behandelung zu Theil wird als dem manumissor servi.[43]

V. Diese Behandelungsweise zeigt sich sofort in der Feststellung der zur bonorum possessio zuzulassenden Personen.

---

42) Das Edikt nennt nur den nämlichen Emancipirten und dachte wahrscheinlich auch nur an ihn, da noch in späterer Zeit die emancipirte Tochter nicht ohne die auctoritas parentis manumissoris testiren konnte (Gaius II, 118—122). Als jedoch im Laufe der Zeit die Nothwendigkeit eingetreten war, den parens manumissor auch gegen das Testament der filia emancipata sicher zu stellen, so trug die Interpretation kein Bedenken, hier wie sonst das weibliche Geschlecht als mit inbegriffen anzusehen: Fr. 3 § 1 si quis a parente: — sed et si filia vel neptis manumissa sit, et pater vel avus praeteritus petat bonorum possessionem, eadem quae in filio dicenda sunt.

43) Vergl. z. B. Anm. 44 u. 65, desgleichen Fr. 4 si a parente.

Während ſchlechthin jeder Patron ein Pflichttheilsrecht wider ſeinen Freigelaſſenen hat, zählt unſer Edikt die zu Berufenden einzeln auf; es ſind der Vater, der väterliche Großvater und der Vater des väterlichen Großvaters. Nach welchen Geſichtspunkten iſt dieſe Aufzählung erfolgt?

Zunächſt ſind die angeführten insgeſammt ſolche Aſcendenten, in deren väterlicher Gewalt man mit der Geburt ſtehen kann, ohne erſt durch Rechtsakt in dieſelbe gekommen zu ſein; es ſind die männlichen, durch Männer verbundenen Blutsverwandten in aufſteigender Linie. Das Edikt ſchließt mit dem Urgroßvater ab, offenbar deshalb, weil auch das menſchliche Leben hier abzuſchließen pflegt. Sollte eine exceptionelle Lebensdauer es dem Einzelnen vergönnt haben, ſeinen Ururenkel zu emancipiren: der Prätor wäre zuverläſſig nicht der Mann geweſen, ihm die bonorum possessio zu verſagen.

Als Pflichttheilsberechtigte des aus der Sklaverei Freigelaſſenen ruft das Edikt nicht blos den Patron ſondern auch ſeine Kinder. Gegenüber dem aus der patria potestas Entlaſſenen ruft es dagegen nur den Freilaſſer ſelber, nicht auch ſeine Kinder.[44] Das iſt begreiflich; denn die Kinder des Patrons ſind ebenfalls patroni des Freigelaſſenen; durch die Freilaſſung hat ſich zugleich der Betrag ihrer paterna hereditas mittelbar geſchmälert. Die in der Gewalt des parens manumissor gebliebenen Kinder ſind dagegen keineswegs quasi patroni ihres emancipirten Bruders, auch iſt ihnen un-

---

44) Fr. 1 § 5 si a parente (Ulpianus): Liberos autem manumissoris non venire ad contra tabulas bonorum possessionem filii constat, quamvis patroni veniant.

mittelbar durch die emancipatio kein Vermögensſtück entzogen worden.[45]

Was die Stellung des Adoptivvaters, welcher das Kind emancipirte, anlangt, ſo muß es nach dem Obigen[46] zweifellos erſcheinen, daß er zur contra tabulas bonorum possessio nicht berufen ſei; denn er iſt nicht mehr parens. Obgleich uns überdies eine ausdrückliche Beſtätigung dieſes Satzes in den römiſchen Quellen erhalten iſt,[47] ſo hat es doch weder in älterer noch in neuerer Zeit an Stimmen gefehlt, welche das Gegentheil vertheidigen.[48]

Von dieſen, zur contra tabulas bonorum possessio befähigten Aſcendenten ſteht dieſelbe, gemäß dem im Edikt aufgeſtellten Muſter, im einzelnen Falle demjenigen zu, welcher die manumissio vorgenommen hat.[49] Demnach hat ſie z. B.

---

45) Die Berufung der liberi parentis manumissoris würde zur nothwendigen Vorausſetzung haben, daß der parens ſelber vor dem emancipirten Kinde geſtorben. Wäre nun das letztere Hauskind geblieben bis zum Tode des Vaters, ſo hätte es als suus heres neben ſeinen Geſchwiſtern und mit dieſen zu gleichem Theil geerbt; weil es emancipirt iſt, wird es vom Prätor gerufen und daß es ſeinen in der Gewalt des Vaters gebliebenen Geſchwiſtern gegenüber eines unbilligen Vortheils nicht theilhaftig werde, dafür ſorgt das Inſtitut der Kollation.

46) Anmerkung 22.

47) Fr. 2 § 15 ad senatusconsultum Tertullianum (Ulpianus): — Pater autem tantum naturalis, non etiam adoptivus matri noceat; verius est enim, quum pater esse desierit, a matre eum excludi, sed nec ad bonorum possessionem contra tabulas eum admitti, quum pater esse desierit.

48) So Donellus (comment. de iure civili II, 27 § 15); Mayer a. a. O. § 53. Gegen den letzteren mit unwiderleglichen Gründen Francke in dem erſten Programm. — Donellus verſteigt ſich bis zu der Behauptung, die bonorum possessio contra tabulas ſei vorzugsweiſe des Adoptivvaters wegen eingeführt worden.

49) Fr. 5 § 1 ad senatusconsultum Tertullianum. Mayer

der avus manumissor, wenngleich dieſer Enkel bei Lebzeiten ſeines Vaters ſtirbt, ja ſogar wenn derſelbe von ſeinem leiblichen Vater ſich hat arrogiren laſſen.[50]

Eine weitere Vorausſetzung folgt theils aus der allgemeinen Natur des Pflichttheilsrechts, theils aus der beſonderen des dem Patron zu entlehnenden Muſters: der parens manumissor iſt nur dann berufen, wenn keine ihm ab intestato vorgehende Perſon auf Grund des Teſtaments zur Erbſchaft gelangt in dem oben (Abſchnitt II, No. III) erörterten Sinne.

Endlich iſt es wie bei der bonorum possessio des Patrons möglich, daß der parens manumissor, welcher nach der Reihenfolge des Edikts an und für ſich zu berufen wäre, aus einem Grunde des einzelnen Falles dennoch ausgeſchloſſen wird. Zunächſt finden wir drei ſolche Gründe ſpeziell aufgeführt.

a. Wenn der Vater Geld angenommen, damit er freilaſſe, ſo ſoll ſeiner, auf Grund der nachgeſuchten bonorum possessio erhobenen Erbſchaftsklage die exceptio doli ent-

---

a. a. O. § 32 behauptet, die bonorum possessio contra tabulas ſtehe dem parens manumissor nicht in der Eigenſchaft eines parens, ſondern in der andern eines manumissor zu. Aus dem Bisherigen ergibt ſich im Gegentheil, daß die bonorum possessio nur für Denjenigen begründet iſt, in deſſen Perſon beide Qualitäten zuſammentreffen, die des parens und die des manumissor. Vergl. Francke I, p. 5.

50) Fr. 1 § 2 si a parente ſpricht den Satz des Textes aus, ihn durch Berufung auf die Analogie des ex servitute manumissus begründend und ſodann in Worten fortfahrend, welche folgendermaßen zu interpungiren ſind: — quia perinde defert praetor bonorum possessionem, atque si ex servitute manumissus esset. Porro si hoc esset: aut non esset arrogatus, quia arrogatio liberti admittenda non est, aut si obrepserit, patroni tamen nihilo minus ius integrum maneret.

gegenſtehen.[51] Es wird alſo die Entlaſſung aus der väterlichen Gewalt in dieſem Punkte ſtrenger behandelt als die aus der Sklaverei:[52] und es iſt das natürlich, denn der Herr verliert durch die Entlaſſung des Sklaven ein Stück Eigenthum, der Vater dagegen ſoll lediglich von der Rückſicht auf das Wohl ſeines Kindes ſich beſtimmen laſſen.

b. Wenn der Vater zur Emancipation gezwungen wird wegen ſchlechten Benehmens gegen das Kind, ſo ſoll er nach einer ausdrücklichen Entſcheidung des Kaiſers Trajan der bonorum possessio verluſtig gehen.[53]

c. In Bezug auf das, was der Emancipirte als bona castrensia erwarb, ſoll dem parens manumissor die contra

---

51) Fr. 1 §. 3 si a parente. Vermuthlich beruht dieſe exceptio lediglich auf den Anſchauungen der Jurisprudenz. Den Worten, aber ſchwerlich dem Sinn nach würde hierher auch der Fall gehören, wo der Vater ein Legat annahm mit der Auflage, den Sohn zu emancipiren: Fr. 92 de conditionibus et demonstrationibus.

52) Vergl. Abſchnitt II. Anm. 3.

53) Fr. 5 si a parente. Die Schlußworte dieſer Stelle: sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est ſind offenbar unpaſſend; die Vermuthung von Grotius solvendae potestatis bietet nicht nur einen geſunden Sinn, ſondern iſt auch diplomatiſch nahe gelegt; denn in dem fragmentum de iure fisci findet ſich die Abkürzung p̄tas = potestas. — Wo nach ſpäterem Recht der Vater die patria potestas zur Strafe ipso iure verliert (vergl. Burchardi, Syſtem § 98 sub II, 3), da verſteht ſich der Verluſt der contra tabulas bonorum possessio von ſelber; denn der Vater iſt nicht manumissor und es beſteht kein Grund für außerordentliche Begünſtigung. Wenn dagegen ebenfalls nach den Grundſätzen des neueren Rechts das Hauskind gewaltfrei wird, nicht zur Strafe für den Vater ſondern weil es zu einer beſtimmten hohen Würde gelangte, dann wird man trotz dem Mangel der formellen Begründung die bonorum possessio doch als gerechtfertiget betrachten müſſen nach der Intention des Geſetzes.

tabulas bonorum possessio verſagt werden, und zwar nach einem Reſkript von Divus Pius Antoninus.[54]

In welchem Verhältnis der parens manumissor zu den für den patronus geltenden Gründen des Ausſchluſſes ſtehe, darüber ſprechen ſich die Quellen nicht aus. Daß durch Annahme des im Teſtament des Kindes ihm Zugewendeten auch der parens manumissor ausgeſchloſſen ſein müſſe, iſt ſelbſtverſtändlich. Desgleichen wird man aus dem Umſtande, daß der parens manumissor jedenfalls nicht günſtigere Behandlung erfährt als der patronus, mit ziemlicher Sicherheit ſchließen dürfen, es müſſen die bei dem letzteren zur Strafe für tadelnswerthes Handeln eingeführten Ausſchließungsgründe auch hier in ſo weit Anwendung finden, als ſich das mit der beſonderen Natur des Falls verträgt.[55]

Aber auch noch über einige andere Fragen von relativer Bedeutſamkeit ſchweigen die Quellen.

Zuerſt: wenn (in der Zeit vor Novelle 115) der parens manumissor, anſtatt die bonorum possessio nachzuſuchen, die querela inofficiosi testamenti erhebt: haben dieſer gegenüber

---

54) Fr. 1 § 4 si a parente; Fr. 29 § 3 Fr. 30 de testamento militis. Cfr. C. 9 de inofficioso testamento (Francke, das Recht der Notherben p. 184). Es gilt alſo hier daſſelbe, wie bei dem Pflichttheilsrechte des Patrons: Abſchnitt II, Anm. 83.

55) Die Ausführung der einzelnen Fälle hat wenig Intereſſe und im Ganzen geringe Schwierigkeiten. Von ſelbſt verſteht es ſich z. B., daß die blos für die Kinder des Patrons geltenden Ausſchließungsgründe hier gar nicht in Anwendung kommen können. Wenn daher Löhr p. 265 die Anſicht ausſpricht, die capitis accusatio und die revocatio in servitutem ſeien auch hier analoge Gründe der Ausſchließung, ſo hat er eben mit Anderen überſehen, daß dieſe Handlungen dem Patron ſelber keinen Nachtheil bringen, nur ſeinen Kindern.

die für die bonorum possessio aufgeſtellten Gründe des Ausſchluſſes ebenfalls zu gelten oder ſind ſie der letzteren eigenthümlich? Das damals entſcheidende arbitrium iudicis wird dabei etwa folgendermaßen argumentirt haben. Da bei den hier in Frage ſtehenden Pflichttheilsrechten dem parens manumissor als ſolchem die günſtigere Stellung gebührt, ſo kann, wer als ſolcher wegen Unwürdigkeit zurückzuweiſen wäre, auch nicht in ſeiner Eigenſchaft eines nahen Blutsverwandten zur querela zugelaſſen werden.

Die zweite Frage bezieht ſich auf Novelle 115. Bekanntlich zählt dieſelbe die Gründe einzeln auf, aus denen die Kinder ihren Eltern den Pflichttheil entziehen können, erklärt zugleich die von dem früheren Recht ſonſt noch aufgeſtellten für unzuläſſig und verlangt überdies die Anführung des Ausſchließungsgrundes im Teſtament. Es fragt ſich nun: bezieht ſich dieſe Vorſchrift der Novelle nur auf das Pflichttheilsrecht der Eltern als ſolcher oder auch auf das in Form der bonorum possessio contra tabulas ſich darſtellende Pflichttheilsrecht des parens manumissor? Möglicherweiſe hat die ganze Zweifelsfrage dem Gedankenkreis des erlauchten Geſetzgebers völlig fern gelegen: dennoch verlangt ſie eine Antwort. Geht man auch hier davon aus, daß die bonorum possessio das begünſtigtere Rechtsinſtitut ſei, ſo wird man ſich — wie zweifelhaft die Dinge immer liegen mögen — für die Erſtreckung der Novelle auf jene zu erklären haben; und zwar aus folgenden Gründen.

a. Wenn die Eltern in ihrer Eigenſchaft als Verwandte nur durch Angabe des Beſeitigungsgrundes im Teſtament entfernt werden können, ſo wird der Vater in ſeiner Eigen-

ſchaft als manumissor mindeſtens das Gleiche verlangen können.

b. Wer annimmt, daß ſeit der Novelle für bonorum possessio und Querel verſchiedene Ausſchließungsgründe gelten, der kommt zu dem unzuläſſigen Reſultat, daß der von der bonorum possessio zur Strafe ausgeſchloſſene Vater doch noch mit der Querel durchdringen kann, alſo mit der Behauptung, ſein Kind habe ſich wider ihn pflichtwidrig, wie ein Wahnſinniger benommen.[56]

VI. Der urſprüngliche Betrag des dem parens manumissor gebührenden Pflichttheils iſt zwar in den Quellen meines Wiſſens nirgends ſpeziell angegeben, allein der allgemeine leitende Grundſatz ſpricht auch hier für die urſprüngliche Gleichheit mit der Portion des Patrons. Nur eine weſentliche Aenderung wurde in der Kaiſerzeit beliebt, und zwar dieſesmal eine zu Gunſten des parens manumissor:[57] der Pflichttheil deſſelben ſoll dann die ganze Erbſchaft umfaſſen, wenn der Emancipirte eine turpis persona zu ſeinem teſtamentariſchen Erben ernannt hat.[58] Daß dieſe Beſtimmung

---

56) So in dem Fall, wo dem Vater die bonorum possessio verſagt iſt, weil er ſein Kind emancipirte gegen Bezahlung.

57) Weil Löhr das Pflichttheilsrecht des parens manumissor von dem des patronus nicht gehörig ſcheidet, deshalb iſt er geneigt, die hier fragliche Beſtimmung auch auf den Patron zu übertragen: p. 279.

58) Fr. 3 p. si a parente (Paulus lib. 8 ad Plautium): Paconius [Vulg. Pantonius] ait: si turpes personas, veluti meretricem, a parente emancipatus et manumissus heredes fecisset, totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur, aut constitutae partis, si non turpis heres esset institutus. Nahe liegt die Vergleichung mit dem Pflichttheilsrechte der Ge-

in ihrer ganzen Willkürlichkeit von einem Kaiſer, und zwar von Divus Pius Antoninus herrühre, glaube ich an einem anderen Orte wahrſcheinlich gemacht zu haben.[59] Als Juſti-

---

ſchwiſter. *a*) Geſchwiſter gelten bekanntlich nur dann für verletzt, wenn erſtens ihnen der Pflichttheil der Verwandten nicht zugewendet und zweitens durch das Teſtament eine turpis persona ihnen vorgezogen worden iſt. Die Inſtitutionen führen die letztere Einſchränkung auf sacrae constitutiones zurück (§ 1 I. de inofficioso testamento); wir finden dieſen Satz ausgeſprochen von Konſtantin in C. 1. 3 Th. C. de inofficioso testamento, aber er galt ſchon vor dieſem Kaiſer: Fr. 24 Fr. 31 de inofficioso testamento; Schol. Basil. 39, 1, 20. *b*) Auch bei Verletzung der Kinder durch Nichtzuwendung des Pflichttheils wurde auf die Perſönlichkeit des institutus heres urſprünglich offenbar Gewicht gelegt (Plinius ep. VI, 33 § 6). Im ſpäteren Recht jedoch nicht mehr und es geſtaltete ſich daher die Sache dogmatiſch folgendermaßen. *α*. Kinder und Eltern, desgleichen der Patron ſind bei Nichtzuwendung des Pflichttheils ſchechthin verletzt d. h. ohne weitere Rückſichtnahme auf die Perſönlichkeit des eingeſetzten Erben. *β*. Geſchwiſter ſind es nur bei Bevorzugung einer turpis persona. *γ*. Endlich für den parens manumissor wird unterſchieden; bei Einſetzung einer honesta persona fordert er die Hälfte, ſeit Juſtinian den dritten Theil der Erbſchaft, bei Einſetzung einer turpis persona die ganze Erbſchaft. — Da im Uebrigen das Pflichttheilsrecht des Patrons günſtiger behandelt wird als das des parens manumissor, ſo hat die letzte Feſtſetzung ſo ziemlich den Charakter eines willkürlichen kaiſerlichen Einfalls.

59) Vergl. Becker und Muther, Jahrb. III p. 391 ff. — *a*) Dieſe Erhöhung kann nicht durch das Belieben eines einzelnen Juriſten eingeführt ſein, die Wahrſcheinlichkeit ſpricht für einen Kaiſer. *b*) Ein Juriſt Paconius wird ſonſt nirgends erwähnt; die Lesart der Vulgata Pantonius bietet nicht einmal einen römiſchen Namen. *c*) Vermuthlich ſind die Namen korrumpirt aus P. ATONIVS. *α*) Die Vulgata ſteht dem augenſcheinlich ganz nahe; auch die Florentina iſt wenig entfernt, indem dabei nur noch die nicht ſeltene Verwechſelung von C und T hinzukam, vielleicht durch den Verſuch herbeigeführt, einen bekannten Namen herauszubringen. *β*) P. für PIVS iſt zweifellos. *γ*) Das irrige Ziehen der Abkürzung des praenomen zum nomen kommt bekanntermaßen nicht ſelten vor, ſo Agellius; desgleichen in Tacitus, annal. II, 6 las man früher Cantio, erſt Urſinus erkannte C. Antio; ähnlich hier. *δ*) Die gewöhnliche vollſtändige Bezeich-

nian den Betrag des dem Patron zukommenden Pflichttheils auf ein Dritttheil herabſetzte, traf er begreiflicherweiſe für den parens manumissor die gleiche Beſtimmung.[60] Dabei hat er jedoch zwei Fragen nicht berührt; einmal: ſoll der parens manumissor ebenfalls nur dann berechtiget ſein, wenn das Kind als centenarius ſtarb? ſodann: iſt damit auch die Verordnung, wonach bei Einſetzung einer turpis persona der Pflichttheil ſich auf die ganze Erbſchaft erſtrecken ſoll, beſeitiget? Die letzte Frage iſt einfach zu verneinen, weil die neue Regel an die Stelle der alten Regel zu treten hat, nicht auch an die Stelle der Ausnahme von der alten Regel. Die erſte, allerdings weniger zweifelloſe, wird dagegen zu bejahen ſein,[61] gemäß dem maßgebenden Prinzip, wonach die Stellung des parens

---

nung des Kaiſers iſt Divus Pius Antoninus (z. B. Fr. 1 p. de auctoritate tutorum; Fr. 30 de testamento militis). Daß im vorliegenden Fall Divus wegblieb, kann in doppelter Art erklärt werden. Einmal hat möglicherweiſe ſchon Paulus ſo geſchrieben; denn die Angabe, daß es ſich um einen verſtorbenen Kaiſer handele, iſt keineswegs nothwendig (ſo z. B. ſchreibt Papinian in Fr. 12 ad senatusconsultum Trebellianum nach der Florentina Titus Antoninus, wo er Divus Pius Antoninus meint). Sodann läßt ſich ganz füglich denken, daß Divus erſt durch die Kompilatoren in Wegfall kam. Es kann z. B. in dem Werke von Paulus irgend ein kleines Wort zwiſchen Divus und Pius geſtanden haben (Fr. 1 § 5 de heredibus instituendis: Divus autem Pius rescripsit; Fr. 36 p. de acquirenda hereditate: Divum tamen Pium contra constituisse; Fr. 220 § 2 de verborum significatione: Divus quoque Marcus rescripsit): in welchem Fall die Kompilatoren ſich leicht veranlaßt ſehen konnten, das Anfangszeichen für den Schreiber unmittelbar vor Pius zu ſetzen.

60) C. 4 § 25 de bonis libertorum; § 3 I. de successione libertorum.

61) Das ſcheint auch Francke, Recht der Notherben p. 484, zu thun; daſſelbe nimmt an Mayer p. 58.

manumissor im Allgemeinen dieſelbe und jedenfalls nicht beſſer ſein ſoll als die des Patrons.[62]

Was die Form der Gewährung dieſes Pflichttheils durch den Erblaſſer anlangt, ſo iſt hierfür abermals die Hinweiſung auf das Muſter entſcheidend. Dafür haben wir zwar keinen allgemeinen Quellenausſpruch, aber es wird mindeſtens durch eine gelegentliche Aeußerung derſelben beſtätiget.[63]

Auch die Folgen der Verletzung des Pflichttheilsrechts ſtehn unter denſelben Grundſätzen, wie ſie bei dem Patron entwickelt worden ſind. Daher ſind die den zugewendeten Pflichttheil belaſtenden Verfügungen des Erblaſſers (als da ſind conditio, dies, Vermächtniſſe) einfach zu ſtreichen. Daher iſt ferner in dem Falle zu geringfügiger Zuwendung die suppletoria actio begründet. Daher iſt endlich im Falle des Mangels einer jeden Zuwendung die bonorum possessio gemäß den für ſie entwickelten Regeln auszuwirken, das heißt namentlich, daß ſie erſt gebeten werden kann nach dem Antritt eines teſtamentariſchen Erben: und es iſt keineswegs eine Ausnahme von den Regeln der bonorum possessio patroni darin zu erkennen, daß der parens manumissor nicht blos

---

62) Danach iſt in folgender Art zu unterſcheiden: *a*) bei dem filius centenarius beträgt der Pflichttheil des parens manumissor ein Dritttheil in Gemäßheit der bonorum possessio contra tabulas; *b*) bei dem minor centenario beträgt der Pflichttheil deſſelben das mit der querela zu verlangende Viertel.

63) In Fr. 1 § 3 si a parente wird uns geſagt, die exceptio doli ſei begründet, si postea vivus in eum [sc. patrem] filius quantum satis est contulit, ne iudicia eius inquietet. Das iſt alſo gerade wie bei dem Pflichttheilsrechte des Patrons, welches beſeitiget werden kann durch Geſchenke des Freigelaſſenen, gegeben contemplatione debitae partis.

die centum dies ſondern den annus utilis hat.[64] Nur in einem Punkte finden wir hier eine weſentliche Abweichung zu Ungunſten des Vaters: auf die unter Lebendigen abſichtlich verübte Verletzung des dem parens manumissor gebührenden Pflichttheils hat nämlich das Edikt die Fabiana und die Calvisiana nicht erſtreckt; offenbar mehr zufällig, als aus einem genügenden inneren Grunde.[65]

VII. Zum Schluß bleibt noch ein Punkt zu erörtern, mit welchem das Schickſal des ganzen Inſtituts auf das engſte verbunden iſt. Das Pflichttheilsrecht des parens manumissor nämlich iſt, gleich jedem anderen, abhängig von ſeinem Inteſtaterbrecht. Wie hat ſich nun das Inteſtaterbrecht des parens manumissor im Laufe der Zeit geſtaltet?

Zur Zeit der Einführung der hier fraglichen bonorum possessio contra tabulas war der parens manumissor der nächſte Inteſtaterbe ſeines Kindes, mit einziger Ausnahme des

---

64) Fr. 4 § 1 quis ordo.

65) Fr. 2 si a parente (Gaius lib. 15 ad edictum provinciale): Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Fabiana et Calvisiana actio ei detur, quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem. Daß der angegebene Beweggrund keine abſolute Gültigkeit habe, vielmehr nur die Anſchauung einer beſtimmten Zeit ausſpreche, dafür iſt die in der Zeit nach Gaius entſtandene querela inofficiosae donationis beweiſend. Das Verhältnis iſt daher dieſes. Der parens manumissor, welcher die contra tabulas bonorum possessio annahm, kann die unter Lebendigen erfolgten Verkürzungen ſeines Pflichttheils nicht anfechten; gab er dagegen ſeinem civilen Pflichttheilsrecht eines Verwandten den Vorzug, ſo hat er auch die querela inofficiosae donationis. Wäre die letztgenannte nicht ganz und gar auf die querela inofficiosi testamenti gegründet, ſo würde man ſchwerlich Bedenken getragen haben ſie auch auf den parens manumissor zu erſtrecken.

Falles, wo der filius emancipatus von ſeinen Kindern, ſei es als sui oder in der prätoriſchen Klaſſe unde liberi beerbt wurde.[66] Im ſpäteren Rechte verliert die patria potestas an Inhalt und Bedeutung, und zwar nicht blos in Bezug auf das Recht über die Perſon des Kindes, ſondern auch auf dem Gebiete, worauf es hier vorzugsweiſe ankommt, dem des Vermögens; denn es beginnt nunmehr die Reihe jener Pekulien, welche ſich dem väterlichen Rechte theils ganz theils theilweiſe entziehen. Demnach verringert ſich der Werth der emancipatio; ein Entwickelungsgang, dem es vollkommen entſpricht, daß auch die Bedeutung der emancipatio als Succeſſionsgrund auf dem Gebiet der Inteſtaterbfolge ſich allmälig verringert. Nach drei Seiten hin ſehen wir den parens manumissor ſchon vor Novelle 118 zurücktreten, andern Perſonen gegenüber.

1. Der früheſte Eingriff in das Recht des parens manumissor erfolgt zu Gunſten der Mutter, und zwar durch das Tertullianum senatusconsultum[67] unter Hadrian. Ueber die ſehr bedeutſame Faſſung dieſes Geſetzes gibt uns offenbar[68] Ulpian den beſten Aufſchluß.[69] Danach wird ab intestato

---

66) Mit Einſchluß der adoptivi: Anm. 27.

67) Beſonders ſorgfältig handelt davon Schirmer, Handbuch des römiſchen Erbrechts I p. 152 ff.

68) Die nicht zu verkennenden Schwierigkeiten, welche das Senatuskonſult bietet, erklären ſich meines Erachtens zu einem großen Theil aus ſeiner Faſſung.

69) Ulpianus XXVI, 8: Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet: sed si ius liberorum habeat, ingenua trium libertina quatuor, legitima heres fit ex senatusconsulto Tertulliano; si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus:

die (mit dem ius liberorum ausgeſtattete) Mutter als nächſte Erbin für den Fall und unter der Bedingung gerufen, daß nicht in Gemäßheit des vor dem Senatuskonſult geltenden Rechts berufen iſt:[70]

a. ein Kind des Verſtorbenen, ſei es civiliter als suus heres oder prätoriſch in der Klaſſe unde liberi;[71]

b. der Vater des aus der Gewalt entlaſſenen Kindes, ſei es als heres, d. i. als parens manumissor, oder als bonorum possessor cum re;[72]

---

quodsi soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere iubetur hereditas.

70) Die Interpretation ſtellt den Fall des Nichtannehmens oder Nichtbehaltens der Erbſchaft dem Nichtberufenſein gleich: Fr. 2 § 8 Fr. 8 ad senatusconsultum Tertullianum.

71) *a*) Daraus folgt, daß, wenn beim Tode des Sohns vorhanden ſind ſeine Mutter und ein in Adoption gegebenes Kind, die erſtere allein gerufen werde; denn das Kind ſteht in der Klaſſe unde cognati. Das hat jedoch Divus Pius geändert; auch in dieſem Fall ſoll das Senatuskonſult ſo lange ceſſiren, als das Kind die bonorum possessio unde proximi cognati (alſo neben der Mutter, denn dieſe ſteht im gleichen Grade der Verwandtſchaft) annehmen kann: Fr. 2 § 9 ad senatusconsultum Tertullianum. Demnach iſt ſeit Pius zu ſagen: die Mutter kommt nur dann ex senatusconsulto zur Erbfolge, wenn kein Deſcendent des Sohns berufen iſt. *b*) Das Senatuskonſult gab nur den Kindern des Sohns den Vorzug, die Kinder der Tochter wurden dagegen von der Mutter ausgeſchloſſen. Erſt durch kaiſerliche Konſtitutionen wurden auch ſie der Mutter vorangeſtellt: § 3 I. de senatusconsulto Tertulliano; Schrader ad h. l.; Schirmer a. a. O. p. 159.

72) Konſequenzen daraus ſind: *a*) Wenn vorhanden ſind der parens in adoptiva familia, ein Agnat und die Mutter, ſo kommt die letztere aus dem Senatuskonſult; denn nach dem Rechte vor dieſem iſt nicht der Vater berufen ſondern der Agnat, dieſen aber ſchließt die Mutter kraft des Senatuskonſults aus: Fr. 2 § 17 ad senatusconsultum Tertullianum. *b*) Wenn vorhanden ſind der pater adoptatus oder emancipatus, die Mutter und eine soror consanguinea, ſo kommt natürlich ebenſo das Senatuskon-

c. ein frater consanguineus.

Iſt eine soror consanguinea die einzige, nach dem bisherigen Rechte berufene Erbin, ſo ſoll nach Vorſchrift des Senatuskonſults die Mutter mit dieſer zugleich zur Erbſchaft gelangen. Wenn dagegen eine der unter *a*—*c* genannten Perſonen vorhanden iſt, ſo gilt, weil, wie angegeben, ihr Nichtvorhandenſein Bedingung für den Eintritt des Senatuskonſults, das Recht, wie es vor demſelben beſtand.[73]

Daraus folgt, ſo weit die Sache hierher gehört:

a. Avus und proavus manumissor ſind von jetzt an ab intestato ausgeſchloſſen durch die Mutter.[74]

b. Der pater manumissor hat nach dem Senatuskonſult der Mutter gegenüber dieſelbe Stellung wie vor demſelben d. h. er ſchließt ſie ab intestato aus.[75] Dabei erkannte die

---

ſult zur Geltung; denn nach dem beſtehenden Recht ſchließt die consanguinea den Vater aus, die Mutter aber erbt neben ihr zufolge dem Senatuskonſult: Fr. 2 § 18 eod. tit. c) Sollte dagegen in dem vorigen Falle die soror consanguinea die Erbſchaft ausſchlagen, ſo wird die Sache ſo behandelt, wie wäre ihr von Anfang an nicht deferirt worden (Anm. 70): alſo ceſſirt das Senatuskonſult: Fr. 2 § 18 cit.

73) Manche nehmen an, daß dieſes Senatuskonſult eine ähnliche Klauſel enthalten habe, wie ſie uns von dem Orphitianum in Fr. 1 § 9 eod. tit. enthalten iſt. Aber der Sinn dieſer Klauſel beruht, wie Ulpian daſelbſt mit Recht hervorhebt und oben ſchon zu berühren war, in der Einführung des Akkreſcenzrechts für die zugleich Berufenen. Dafür dagegen, daß das Senatuskonſult nur wirkſam werde, wenn die Bedingungen eingetreten ſind, welche es ſich ſelbſt vorſchreibt, bedurfte es keiner beſonderen Klauſel.

74) Fr. 2 § 15 ad senatusconsultum Tertullianum.

75) *a*) Wenn der Vater als parens manumissor berufen iſt, ſo iſt das Senatuskonſult und folglich die Mutter ausgeſchloſſen: Fr. 10 de suis; Fr. 2 § 15 ad senatusconsultum Tertullianum; C. 2 eod. tit. *b*) Iſt der Vater lediglich als Kognat berufen, ſo ceſſirt das Senatuskonſult auch, aber es konkurrirt nunmehr

Interpretation, daß nur der pater naturalis, nicht auch der adoptivus, als ſo bevorzugt zu betrachten ſei.[76]

c. Wenn avus manumissor, Vater und Mutter vorhanden ſind, ſo iſt nach der Argumentation der römiſchen Jurisprudenz der avus allein berufen:[77] das Senatuskonſult hat alſo hier nicht geändert.

2. Die zweite Zurückſetzung des parens manumissor erfolgte zu Gunſten der Kinder der filia emancipata. Noch zur Kaiſerzeit war der parens manumissor filiae ihr nächſter ausſchließlicher Inteſtaterbe, ſelbſt wenn ſie Kinder hinterließ; denn er ſuccedirte unde legitimi, die Kinder erſt unde cognati. Hier änderte das senatusconsultum Orphitianum vom Jahr 178. Gleichwie es nämlich die Kinder berief neben dem Patron ihrer Mutter,[78] ſo berief es auch die von

---

die Mutter mit ihm kraft prätoriſchen Rechts; denn ſie iſt Kognatin des gleichen Grades: Fr. 2 § 18 ad senatusconsultum Tertullianum. Wenn daher Fr. 10 de suis (Modestinus) ſagt: Si ad patrem manumissorem filii intestati legitima hereditas perveniat, vel non manumissori bonorum possessio competat, mater defuncti summovetur, ſo ſpricht der Juriſt lediglich von dem Senatuskonſult, nicht vom Edikt.

76) Fr. 2 § 15 ad senatusconsultum Tertullianum.

77) Fr. 5 § 2 eod. tit. (Paulus). Die Baſis dieſes allerdings ziemlich künſtlichen Raiſonnements iſt folgende. *a*) Im vorliegenden Fall iſt nach dem Rechte vor dem Senatuskonſult der Großvater allein berufen (nicht auch der Vater). *b*) Daher tritt das Senatuskonſult in Wirkſamkeit, nach welchem die Mutter den avus manumissor ausſchließt. *c*) Mit Ausſchluß des Großvaters durch das Senatuskonſult wird nach den Regeln des beſtehenden Rechts der Vater (neben der Mutter) unde cognati berufen. *d*) Mit Zulaſſung des Vaters ceſſirt das Senatuskonſult nach ſeiner eigenen Feſtſetzung: daher tritt das Recht vor dem Senatuskonſult in Wirkſamkeit d. h. der avus manumissor erbt allein.

78) Abſchnitt I Anm. 52.

der filia emancipata hinterlaſſenen Kinder erſten Grades[79] zur mütterlichen Erbſchaft neben dem parens manumissor.[80] Einen bedeutenden Schritt weiter auf dieſer Bahn gehn Gratian, Valentinian und Theodos, denn ſie ſchließen in dem Fall des Senatuskonſults den parens manumissor aus.[81] Desgleichen gewähren ſpätere Kaiſer auch der entfernteren Deſcendenz der filia emancipata das gleiche Recht:[82] ſo daß nunmehr ihre Kinder insgeſammt dem parens manumissor ſchlechthin vorgehen.

3. Die dritte, am ſpäteſten eintretende Zurückſetzung bezieht ſich auf die nächſten Seitenverwandten. Noch zur Zeit von Theodos und Valentinian ſchließt der parens manumissor die Geſchwiſter ſchlechthin aus.[83] Der erſte Kaiſer, welcher hier verändernd eingreift, iſt Juſtinian im Codex: und es iſt dabei ſofort hervorzuheben, daß er das in zwei Einzelentſcheidungen thut, welchen, weil nicht gehörig zuſammengedacht, die Harmonie unter ſich abgeht.

a. Die erſte[84] iſt vom Jahr 528. Sie bezieht ſich auf den Fall, wo neben dem parens manumissor[85] die Mutter

---

79) p. § 1 I. de senatusconsulto Orphitiano.

80) Abſchnitt I a. a. O.

81) C. 5 de legitimis heredibus.

82) Für das Detail dieſer Entwickelung: C. 4. 6 de legitimis heredibus; C. 12 de suis et legitimis; § 1 I. de senatusconsulto Orphitiano; Nov. 18 cap. 4.

83) C. 10 Th. C. de maternis bonis.

84) C. 7 § 1 ad senatusconsultum Tertullianum.

85) Daß der parens manumissor gemeint ſei, ſcheint mir deshalb zweifellos, weil Juſtinian ſagt, er ſpreche von dem Fall, wo patris persona interveniens matris iura superare videtur. Das iſt auch die gemeine Meinung: Löhr, Magazin IV p. 126; Mayer l. l. p. 23; Schleſinger, Archiv, Band 50 p. 143.

und Geſchwiſter vorhanden ſind und verordnet, daß die Geſchwiſter die alleinigen Erben ſein, Vater und Mutter aber in zwei Drittel des Uſusfrukt ſich gleichmäßig theilen ſollen.[86]

b. Die zweite, im Jahr 532 erlaſſene Entſcheidung[87] bezieht ſich auf den anderen Fall, wo der parens manumissor lediglich mit Geſchwiſtern zuſammentrifft. Nach dem Rechte vor Juſtinian hatte bekanntlich der parens manumissor den Vorzug; denn die Geſchwiſter waren erſt unde cognati gerufen. Nur in einem Fall entſtand nach ſpäterem Recht nothwendigerweiſe ein Zweifel. Seit Anaſtas wird bei der durch dieſen Kaiſer eingeführten Emancipationsform das Kind in ſeiner bisherigen agnatiſchen Stellung dann belaſſen, wenn der Vater darauf beim Kaiſer ein Geſuch geſtellt hat.[88] Durch

---

Nur Francke (specimen II p. 5. 6) entſchließt ſich, weil dieſe Entſcheidung zu der andern, in der ſofort zu beſprechenden C. 13 getroffenen ſchlecht paßt, zu der Annahme, Juſtinian habe von dem lediglich als Kognat berufenen Vater ſprechen wollen, aber freilich ſehr ſchlechte Gründe hinzugefügt. Den Mangel an Harmonie wird Niemand in Abrede ſtellen können, aber Juſtinian iſt auch kein Geſetzgeber, welcher unbedingten Anſpruch auf die Vorausſetzung des Daſeins derſelben hat.

86) Die Begründung der Entſcheidung iſt wiederum ziemlich unvollkommen ausgefallen. Sie iſt in den ſchon erwähnten Worten ausgeſprochen quia patris persona interveuiens matris iura superare videtur; was wohl nur heißen kann: weil nach dem gegenwärtig beſtehenden, aber nicht zu billigenden Rechte der Vater die Mutter ausſchließt.

87) C. 13 de legitimis heredibus.

88) C. 11 de legitimis heredibus [502]. Das Geſetz drückt ſich ſo aus: minime legitima iura per emancipationem extinguantur, eadem iura tam emancipato quam emancipatae contra personas alias hoc modo sibi coniunctas, quam aliis itidem contra eum vel eam in hereditatibus vel successionibus et tutelis nec non ceteris serventur intacta. Als Juſtinian in C. 6 de emancipationibus liberorum [531] an Stelle der alten Emancipationsform die durch das Gericht vorzunehmende ſetzte, beſtimmte

dieſe Vorſchrift werden betreffenden Falls die Geſchwiſter in die Klaſſe unde legitimi gerückt und man ſtritt nunmehr über das Verhältnis derſelben zu dem in derſelben Klaſſe gerufenen parens manumissor. Von dieſer Zweifelsfrage aus- aber über ſie hinausgehend entſcheidet der Kaiſer, daß in jedem Falle, wo der parens manumissor mit Geſchwiſtern, ſeien ſie agnatiſche oder blos kognatiſche, zuſammentrifft (alſo bei der emancipatio Anastasiana auch wenn ſie ohne Vorbehalt erfolgt, desgleichen bei der Justinianea), die Geſchwiſter die Erben ſind, der Vater aber den ganzen Uſusfrukt zu erhalten hat.[89]

---

er zu Gunſten des Emancipirenden: et legitima iura omnimodo habere, etsi non specialiter hoc sibi servaverit. Die Aehnlichkeit des gewählten Ausdrucks könnte zu der Meinung führen, als ob dabei die agnatiſchen Rechte gerade ſo ſollten erhalten bleiben, gleichwie das bei der Anastasiana auf ausdrückliche Bitte erfolgt. Aber dem widerſpricht ſchon der Umſtand, daß hier blos von der Erhaltung der Rechte des Vaters, nicht auch der des Kindes die Rede iſt und daß andererſeits C. 13 lediglich von einem bei der Anastasiana vorhandenen Zweifel ſpricht. Aus den Inſtitutionen geht hervor, daß der Kaiſer in C. 6 ſagen wollte, es ſolle die neue Emancipationsform gerade ſo behandelt werden, wie wäre contracta fiducia emancipirt worden, ſo daß alſo der extraneus manumissor beſeitiget iſt, die legitima iura parentis manumissoris aber (insbeſondere ſeine legitima successio) trotz dem Mangel einer eigentlichen manumissio erhalten bleiben: § 8 I. de legitima agnatorum successione; § 4 I. de bonorum possessionibus.

89) C. 13 de legitimis heredibus ſteht auf derſelben Stufe der legislativen Kunſt wie C. 11. *a*) Juſtinian beginnt mit dem Ausſpruch eine Zweifelsfrage löſen zu wollen und bezeichnet den Fall des Zweifels durch die Worte: Quum enim Anastasiana lex iura fratribus legitima noscitur servare. Dadurch entſteht der Schein, als würden bei der Anastasiana den Geſchwiſtern die agnatiſchen Rechte immer erhalten, aber das geſchieht doch nur in dem einen Fall des ausdrücklichen Vorbehalts. *b*) Hierauf entſcheidet der Kaiſer in der angegebenen Weiſe und fügt ausdrücklich hinzu: sive per sacrum oraculum oratio procedat sive alio legitimo modo a sacris paternis fuerint absoluti. Damit iſt klar geſagt, daß auch bei der Justinianea emancipatio das Gleiche

Das iſt die allmälige Entwickelung bis zu Novelle 118. Unmittelbar vor dieſem Geſetz geſtaltet ſich demnach beim Tode des emancipirten Kindes das Inteſtaterbrecht des parens manumissor folgendermaßen.

1. Die Deſcendenten des emancipirten Kindes ſchließen den parens manumissor aus.

2. Die Geſchwiſter ſchließen den parens manumissor aus, aber er erhält neben ihnen, ſofern ſie allein vorhanden ſind, den Uſusfrukt am ganzen Nachlaß.

3. Die Geſchwiſterkinder werden vom parens manumissor ausgeſchloſſen.

4. Wenn neben dem parens manumissor noch andere Aſcendenten vorhanden ſind, ſo ſind folgende Fälle zu unterſcheiden:

a. bei Vorhandenſein von pater manumissor und Mutter erbt der Vater allein;

b. bei Vorhandenſein von avus manumissor und Vater erbt der Großvater allein;

c. bei Vorhandenſein von avus manumissor und Mutter erbt die Mutter allein.

d. bei Vorhandenſein von avus manumissor, Vater und Mutter erbt der Großvater allein.

---

gelten ſoll. *c*) Hier läßt ſich fragen: ſoll auch bei der Justinianea nur dann die Entſcheidung gelten, wenn die legitima iura ausdrücklich vorbehalten wurden, oder überhaupt allgemein in jedem Falle? Ich bin mit Schleſinger a. a. O. entſchieden für die ausdehnende Erklärung: *α.* Juſtinian legt ſo wenig Gewicht auf die Reſervation, daß er verſäumt ihrer zu gedenken. *β.* Es iſt zweifelhaft, ob die Reſervation der legitima iura bei der Justinianea emancipatio überhaupt zuläſſig war; denn bei der Anastasiana hat ſie offenbar den Charakter eines vom Kaiſer beſonders zu verleihenden Privilegiums. *γ.* Es liegt im Zuge der Zeit, daß lediglich auf die Kognation Gewicht gelegt wird.

5. Wenn endlich pater manumissor, Mutter und Geſchwiſter vorhanden ſind, ſo erben die Geſchwiſter allein, Vater und Mutter aber werden durch Zuweiſung von zwei Drittheilen des Uſusfrukt abgefunden.

In der That, das iſt ein Reſultat, welchem jedes innere Zuſammenſtimmen abgeht und überhaupt nur deshalb möglich war, weil die Reformen ſtückweiſe gemacht wurden, ohne daß man ſofort die Einwirkung der einzelnen Veränderung auf das Ganze überſah.[90] Nur eines iſt vollkommen ſichtbar, nämlich die entſchiedene Hinneigung zu dem Satz, daß dem Momente des Quaſipatronats auf dem Gebiete des Inteſaterbrechts überhaupt gar keine Rückſicht mehr gebühre. Dieſes Prinzip iſt in verſtändiger Weiſe vollkommen zur Ausführung gekommen gegenüber den Deſcendenten des Erblaſſers. Es iſt ebenfalls durchgeführt gegenüber den Geſchwiſtern deſſelben. Endlich hat in dem Fall, wo dem parens manumissor andere Aſcendenten zur Seite ſtehen, dieſelbe Strömung zwar (ſeit dem senatusconsultum Tertullianum) begonnen, aber es nur zu Reformen im Einzelnen gebracht, ſo daß hier das Moment der manumissio in dem einen Fall ganz bei Seite geſetzt iſt, während es ohne jeden inneren Grund der Verſchiedenheit den Vorzug gibt in einem daneben ſtehenden anderen.

In dieſem unfertigen Uebergangs-Zuſtande befand ſich das hier fragliche Inteſaterbrecht, als Novelle 118 erſchien. Darin wird das Inteſat-Erbrecht der Verwandten in ein-

90) Dieſer Mangel des gehörigen Zuſammendenkens — welcher, beiläufig geſagt, auch für gar manche unſerer modernen Einzelgeſetze charakteriſtiſch iſt — findet ſich im Grunde ſchon in dem senatusconsultum Tertullianum.

facher und natürlicher Weiſe geordnet. Das Gegenüberſtellen von Agnaten und Kognaten auf dieſem Gebiet ganz verwerfend, erhebt das Geſetz die Kognation zu dem allein gültigen Fundament und beruft die Kognaten in der Hauptſache nach der natürlichen Reihenfolge der Deſcendenten, Aſcendenten und Seitenverwandten; dieſe Gliederung lediglich dadurch unterbrechend, daß es einige der nächſten Seitenverwandten den Aſcendenten gleichſtellt.

Wie verhält ſich nun das Inteſtaterbrecht des parens manumissor zu dieſer neuen Ordnung der Dinge?

Die herrſchende Meinung ging von jeher dahin, daß die Inteſtatſucceſſion, in ſo weit ſie ſich gründet auf das Moment der Emancipation, durch die Novelle gänzlich beſeitiget ſei. Nur einzelne Stimmen haben ſich dagegen erhoben, zuletzt namentlich Mayer a. a. O. Von der Behauptung ausgehend, die Novelle beziehe ſich lediglich und allein auf die auf dem Grunde der Verwandtſchaft beruhende Inteſtaterbfolge, vertritt er den Fortbeſtand der auf dem Grund der Emancipation ruhenden Succeſſion und kommt zu dem Reſultat, daß zwar dem parens naturalis manumissor ein Vortheil daraus nicht erwachſe, daß dagegen der pater adoptivus allerdings auf Grund der manumissio berufen werde, und zwar nach der dritten und vor der vierten Klaſſe Juſtinian's. Aber die gemeine, namentlich von Francke[91] in den angeführten Programmen mit ſcharfen Waffen vertheidigte Meinung iſt meines Erachtens vollkommen in ihrem Recht, und zwar hauptſächlich aus folgenden Gründen.

91) Vergl. auch Arndts im Rechtslexikon, Band V p. 681 und Schirmer a. a. O. p. 191.

1. Wenn die successio parentis manumissoris noch fortbeſteht, ſo führt das zu einer unlösbaren Schwierigkeit. Geſetzt nämlich, es ſind beim Ableben des Emancipirten vorhanden der parens manumissor, vollbürtige Geſchwiſterkinder und halbbürtige Geſchwiſter, ſo werden die halbbürtigen Geſchwiſter ausgeſchloſſen durch die vollbürtigen Geſchwiſterkinder kraft der Novelle; dieſen aber geht der parens manumissor vor nach Maßgabe ſeines Erbrechts aus der manumissio und gerade nach demſelben Recht ſchließen ihn die halbbürtigen Geſchwiſter aus, freilich um hinwiederum von den vollbürtigen Geſchwiſterkindern nach Vorſchrift der Novelle — wie ſchon angegeben — beſeitiget zu werden.[92]

2. Wenn in der That, wie Mayer behauptet, die Novelle das Inteſtaterbrecht aus der manumissio unberührt gelaſſen hat, ſo führt das noch zu ganz anderen Konſequenzen, als Mayer zugeſtehen will.

a. Zuweilen würde dadurch die Ordnung der Novelle ganz weſentlich unterbrochen werden zu Gunſten des parens manumissor: ſo namentlich hat alsdann der pater manumissor den Vorzug vor der Mutter, der avus manumissor vor dem Vater.

b. In andern Fällen dagegen wäre der Vater als ſolcher beſſer geſtellt als der parens manumissor. Die Geſchwiſter nämlich gehn dem parens manumissor als Erben vor, aber ſie ſchließen den Vater als ſolchen nicht mehr aus ſeit der Novelle.

3. Juſtinian's Abſicht ging augenſcheinlich dahin, dem

92) Darauf weiſt mit Recht hin Arndts a. a. O.

Akt der emancipatio auf dem Gebiete des Inteſtaterbrechts gar keinen Platz mehr einzuräumen. Darauf weiſt nicht blos der angegebene allgemeine hiſtoriſche Zug der Geſetzgebung, nicht blos die unlösliche Verwickelung und der innere Widerſpruch, welche für die Novelle aus der gegentheiligen Anſicht erwachſen, ſondern namentlich auch eine ausdrückliche Stelle der Novelle ſelber. Wenn ſie nämlich im zweiten Kapitel[93] von den in der zweiten Klaſſe Berufenen ſagt, es ſolle keinen Unterſchied machen, ob der zu Beerbende als homo sui iuris oder in väterlicher Gewalt ſtarb (*καὶ εἴτε αὐτεξούσιος εἴτε ὑπεξούσιος ἦν, ὃν διαδέχονται*): ſo hat ſie damit offenbar ausgedrückt, daß dem Momente der manumissio von jetzt an keine Rückſicht mehr gebühre.

Dem entſprechend ergibt ſich für unſere Frage folgendes natürliche Verhältnis.

a. Die Aſcendenten insgeſammt (alſo ohne Unterſchied, ob Manumiſſoren oder nicht) werden nicht mehr von den Geſchwiſtern ausgeſchloſſen, ſondern erben neben ihnen.[94]

b. Der pater manumissor ſchließt nicht mehr die Mutter aus, ſie erbt neben ihm als vollkommen gleichberechtigte Aſcendentin.[95]

c. Der avus manumissor ſchließt den Vater nicht mehr aus, ſondern wird von ihm ausgeſchloſſen.

---

93) Vergleiche auch das vierte Kapitel.

94) Hierin liegt alſo eine Verbeſſerung der Stellung der Aſcendenten überhaupt, nicht blos des parens manumissor.

95) Eine unhaltbare Auffaſſung dieſer Beſtimmung in ihrem Verhältnis zum alten Recht bei Mayer § 19.

d. Wenn avus manumissor, Vater und Mutter vorhanden ſind, ſo erben nur die beiden letzteren.

e. Dem pater adoptivus aber gebührt, nachdem er die Emancipation vorgenommen, gar kein Erbrecht;[96] denn das ihm früher zuſtehende hat niemals eine andere Baſis gehabt als die der manumissio.

VIII. Wenden wir uns nunmehr zu unſerer Hauptaufgabe zurück, alſo zu der Frage: welche Einwirkung hat dieſe Neugeſtaltung des Inteſtaterbrechts auf das Pflichttheilsrecht des parens manumissor geäußert?

In Konſequenz des vorſtehend Entwickelten geht die herrſchende Meinung dahin, daß die hier in Frage ſtehende bonorum possessio contra tabulas ſeit der Novelle gänzlich beſeitiget ſei. Aber es iſt abermals Mayer, welcher in ſeinem dritten Kapitel die Fortdauer behauptet, und zwar in doppelter Weiſe:

a. Dem parens naturalis manumissor nämlich bringe ſie den Vortheil, daß ſie den Betrag ſeines Pflichttheils unter Umſtänden weſentlich erhöhe gegenüber dem auf der Novelle beruhenden Pflichttheilsrecht.

b. Für den adoptivus pater manumissor ſei die bonorum

---

96) Francke in dem erſten Programm hebt mit Grund hervor, daß der parens adoptivus manumissor als ſchon vor der Novelle beſeitiget betrachtet werden müſſe; denn die Rechtsſammlung Juſtinian's enthalte überhaupt keine Stelle, welche angebe, an welchem Platz jener erben ſolle; lediglich Fr. 2 § 15 ad senatusconsultum Tertullianum bringe eine zufällige, ganz ungenügende Andeutung des alten Rechts.

possessio contra tabulas geradezu die einzige Form der Erwerbung eines Pflichttheils.

Was zunächst die letztere Aufstellung anbetrifft, so ist sie zweifellos irrig. Dem Adoptivvater hat Justinian das durch die bonorum possessio contra tabulas geltend zu machende Pflichttheilsrecht allerdings nicht genommen; aber nicht aus dem Grunde, um es ihm zu lassen, sondern aus dem anderen, weil man Jemandem nicht nehmen kann, was er niemals gehabt.[97]

In Bezug auf den parens naturalis geht Mayer von der Voraussetzung aus, es sei das Pflichttheilsrecht unabhängig vom Intestaterbrecht.[98] Aber da im Gegentheil die Abhängigkeit des Pflichttheilsrechts vom Intestaterbrecht eine selbstverständliche, des Beweises nicht bedürftige Sache ist, so ergibt sich folgende Entwickelung.

1. Das Pflichttheilsrecht des parens manumissor ist im Zurücktreten begriffen seit dem senatusconsultum Tertullianum.

a. Seit diesem Senatuskonsult ist der avus manumissor

---

97) Vergl. Anm. 46. 47.

98) Das führt ihn zu folgenden zwei praktischen Konsequenzen: *a*) Zur contra tabulas bonorum possessio kann nach ihm berufen sein (und zwar von Anfang an, nicht etwa erst durch Succession), wer nach Mayer's eigener Ansicht von der Intestaterbfolge ausgeschlossen sein würde, z. B. bei Einsetzung des pater naturalis der avus manumissor. *b*) Der Pflichttheil kann größer sein als der Intestaterbtheil; wenn z. B. vorhanden sind parens manumissor, Mutter und drei Geschwister, so soll nach Mayer der Pflichttheil des parens manumissor ein Dritttheil der Erbschaft betragen, obgleich er als Intestaterbe nur ein Fünftel erhalten würde.

ausgeſchloſſen, wenn bei dem Tode des Kindes die Mutter am Leben iſt.[99]

b. Jeder parens manumissor wird in dem Fall, daß die filia emancipata Kinder hinterläßt, in ſeinem Pflichttheilsrecht beſchränkt ſeit dem senatusconsultum Orphitianum; er hat in dieſem Falle gar keines ſeit den Kaiſern Gratian, Valentinian und Theodos.

c. Jeder parens manumissor iſt ſeit Juſtinian's Anordnungen im Codex von der contra tabulas bonorum possessio ausgeſchloſſen, wenn das emancipirte Kind Geſchwiſter hinterläßt.[100]

2. Dieſen Prozeß des Zurückdrängens bringt Novelle 118 zum Abſchluß. Denn ein Geſetz, welches dem Momente der Emancipation kein Gewicht mehr einräumt auf dem Gebiete der Inteſtaterbfolge, das entzieht jenem, wie geſagt ſelbſtverſtändlich, eine jede Bedeutung auf dem Gebiete des Pflichttheilsrechts.

Aber für dieſen Entwickelungsgang lag die Vorbereitung vielleicht nicht blos in der Fortbildung des Inteſtaterbrechts, ſondern auch in der des Pflichttheilsrechts ſelber.

Zuerſt hat Juſtinian, wie er auf der einen Seite den

---

99) Weil die Mutter ſeit dem Senatuskonſult dem avus manumissor ab intestato vorgeht, deshalb ſchließt ſie ihn ſeit dieſem Geſetz auch von der querela inofficiosi aus.

100) Denn hier ſteht ihm lediglich mit der Mutter zugleich der ususfructus zu. Daß er dieſen nicht durch die contra tabulas bonorum possessio fordern könne, iſt ſelbſtverſtändlich. Dagegen wird für den Fall der Nichtzuwendung des ususfructus durch das Teſtament möglicherweiſe die querela begründet ſein.

Betrag des Pflichttheils des parens manumissor im Codex herabsetzte, so andererseits den der Verwandten bekanntermaßen in Novelle 18 erhöht (wenn auch ohne die verschiedene Berechnungsweise beider in Einklang zu bringen): so daß auf diesem Wege beide einander wesentlich näher gebracht sind.

Wenn ferner richtig ist, was oben behauptet wurde, daß nämlich Novelle 115 sich auch auf den parens manumissor beziehe, so ergibt sich folgendes Resultat.

a. Der parens manumissor, gleich einem jeden anderen Ascendenten, muß entweder zum Erben eingesetzt werden, oder es ist ein von der Novelle gebilligter Enterbungsgrund im Testament zu verzeichnen.

b. Ist er zum Erben eingesetzt, aber auf weniger als auf den Pflichttheil, so ist die suppletoria actio begründet.

c. Ist er nicht zum Erben eingesetzt, jedoch mit Angabe eines von der Novelle zugelassenen (in der Wahrheit begründeten) Enterbungsgrundes, so ist der Novelle genügt und dem Pflichttheilsrechte des parens manumissor ebenso.

d. Ist er endlich weder zum Erben eingesetzt noch auch ein genügender Enterbungsgrund angegeben, so sind die Erbeseinsetzungen nichtig kraft der Novelle und es tritt Intestaterbfolge ein: die contra tabulas bonorum possessio aber ist unmöglich, weil sie den Antritt des im Testament eingesetzten Erben voraussetzt.

Demnach würde das Pflichttheilsrecht des parens manumissor hier höchstens noch insofern einige Bedeutung in Anspruch nehmen können, als beim Eintritt der suppletoria actio

die Größe des Pflichttheils nach Maßgabe der günſtigeren Beſtimmungen für den parens manumissor zu berechnen wäre. Dieſer Reſt eines ehemals bedeutſamen Inſtituts aber erſcheint als verhältnismäßig ſo kleinlich, daß es in der That an der Zeit war, ihn durch Novelle 118 zu beſeitigen.

Leipzig.
Druck von A. Th. Engelhardt.

Digitized by Google